

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

MÁRIO EDSON PASSERINO FISCHER DA SILVA

**DESAFIOS JURÍDICOS PARA A INSTITUCIONALIZAÇÃO DE UM MODELO  
RESTAURATIVO DE JUSTIÇA QUE ATUE SOBRE CASOS PENAIIS: pontes e  
barreiras entre as práticas restaurativas e o procedimento penal comum ordinário**

**CURITIBA**

**2017**

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

MÁRIO EDSON PASSERINO FISCHER DA SILVA

**DESAFIOS JURÍDICOS PARA A INSTITUCIONALIZAÇÃO DE UM MODELO  
RESTAURATIVO DE JUSTIÇA QUE ATUE SOBRE CASOS PENAIIS: pontes e  
barreiras entre as práticas restaurativas e o procedimento penal comum ordinário**

Monografia apresentada como requisito de aprovação no 5º ano de Direito e colação de grau no Curso de Bacharelado em Direito – Habilitação em Direito do Estado, Setor de Ciências Jurídicas, da Universidade Federal do Paraná.

Orientador: **Prof. Dr. André Ribeiro  
Giamberardino**

CURITIBA

2017

*À Lis, por ela vale todo e qualquer  
esforço para fazer desse mundo um  
lugar melhor.*

## AGRADECIMENTOS

Não há agradecimento, ou palavras em qualquer língua que eu conheça que possam fazer justiça ao apoio e inspiração que as pessoas a seguir contempladas me forneceram durante minha trajetória. Que as próximas linhas não soem como um débito quitado convosco, pois sei que o débito será eterno, mas que relembrem a todas e todos que eu não me esqueci e que jamais esquecerei.

Agradeço a minha mãe, Ana, a quem amo com todo o meu coração, simplesmente por tudo, o que há bom em mim provém do seu incansável cuidado com a minha formação. Os dias nessa Terra são sempre mais doces e alegres quando eu estou ao seu lado.

Agradeço ao meu pai, Mário, por toda a sua fibra e paciência em me apontar para as melhores direções, lhe amo imensamente e na sua companhia não há medo, ou insegurança que prevaleça. Obrigado por me ensinar a diferença entre o certo, o errado e por estar junto a mim, fosse para comemorar, fosse para ajudar e corrigir.

Agradeço aos meus avós, Lucia e Heitor, por serem meus segundos pais, por serem meus heróis. Agradeço aos meus avós, Edson e Nilma, pelo carinho e por me renderem inúmeras reflexões na sua complexa simplicidade.

Agradeço ao meu irmão, Rodrigo, por sempre prestar atenção nos detalhes e por ser a personificação do melhor, e mais difícil, treino de facilitador que eu poderia ter.

Agradeço a minha tia, Sandra, por todo apoio, seja através dos livros, seja através de suas refinadas reflexões.

Agradeço ao Professor Emerson Gabardo por ser um exemplo de coerência, ao Professor Carlos Roberto Bacila pela confiança e por me fazer descobrir minha paixão pelo magistério, ao Professor Carlos Serbena por mostrar a importância da dúvida, ao Professor Celso Ludwig pelo puxão de orelha mais elegante que já levei e ao Professor Ricardo Prestes Pazello por ser um exemplo de ser humano respeitoso e dialógico.

Agradeço à Jane do Rocio Kiatkoski pela disponibilidade e por me socorrer incontáveis vezes das intempéries burocráticas que ainda assolam nossas instituições.

Agradeço ao Professor André Ribeiro Giamberardino por todos esses anos como orientador, à Professora Clara Roman Borges e ao Professor Rui Carlo Dissenha, primeiro por aceitarem meu convite para integrar a banca de avaliação deste trabalho, segundo porque seus questionamentos foram essenciais para o desenvolvimento das pesquisas que realizei e que pretendo realizar.

Por fim, agradeço à Lis, pois nunca imaginei que amar poderia ser tão divertido.

## RESUMO

A presente monografia teve como objetivo verificar a viabilidade jurídica da operacionalização de um Modelo Restaurativo de Justiça de tutela de casos penais, em sede de procedimentos penais comuns ordinários, sem a necessidade de alterações legislativas. O problema central a ser superado fora a adequação de um modelo que respeitasse a forma do Processo Penal, não suprimindo garantias, mas que, ao mesmo tempo, não fosse contaminado pela lógica sistêmica deste. Os pontos de contato entre a Justiça Restaurativa e o Processo Penal foram delimitados a momentos muito específicos para a preservação da coerência intrassistêmica de cada um. Partindo-se das perguntas por que e como desenvolver um Modelo Restaurativo de Justiça juridicamente aceitável, dissertou-se sobre as origens das práticas restaurativas no seio das comunidades tribais e as razões para a consolidação do atual modelo de gestão de conflitos. Posteriormente, foram analisadas os pressupostos, características e escopos da Jurisdição Penal e do Processo Penal a partir da ótica da instrumentalidade constitucional do processo. Então, feita uma reflexão conceitual acerca dos princípios, perspectivas e modelos de aplicação da justiça e das práticas restaurativas, verificou-se a possibilidade de compatibilização e convivência independente entre os dois modelos de justiça. Partiu-se do marco teórico da crítica à teoria geral do processo, no que tange às reflexões sobre o Processo Penal, e optou-se pela perspectiva da *encounter theory*, de Mark Umbreit, e pelo Modelo Restaurativo Purista, de Paul McCold, como vetores de orientação para a formulação de uma proposta conceitualmente coerente, factível e adequada à legislação brasileira. A metodologia adotada foi a propositiva, mediante a análise normativa, realizando-se, inicialmente, uma análise dedutiva dos conceitos atinentes ao Processo Penal e à Justiça Restaurativa, e, posteriormente, um exercício indutivo de proposição de um Modelo Restaurativo que se adequasse aos limites dos fatores previamente deduzidos, preservando a essência destes. Concluiu-se então que um Modelo calcado na complementariedade estrutural e na voluntariedade, sob a ótica purista, respeitaria os limites impostos pela legislação, atenderia ao projeto social constitucional e preservaria a autenticidade da experiência restaurativa. Observou-se, por fim, que a resolução de problemas jurídicos não soluciona todos os entraves práticos à implementação da proposta, de modo que problemas do gênero deverão ser melhor examinados em trabalhos futuros.

**Palavras-chave:** 1. Justiça Restaurativa; 2. Processo Penal; 3. Modelo Restaurativo de Justiça.

## **ABSTRACT**

The objective of this undergraduate thesis was to verify the legal feasibility of the operationalization of a Restorative Model of Justice for approaching criminal cases, in the ordinary criminal proceedings, without the need for legislative changes. The main issue to be overcome was the adaptation of a model which respected the Criminal Procedure's form, not suppressing legal guarantees, but that, at the same time, was not contaminated by its logic. The points of contact between the Restorative Justice and the Criminal Procedure were delimited at very specific moments for the preservation of the intrasystemic coherence of each one. Based on the questions of why and how to develop a legally acceptable Restorative Justice Model, the research began with the discussion about the origins of restorative practices within tribal communities and some of the reasons for the consolidation of the current model of conflict management. Subsequently, the assumptions, characteristics and scopes of the Criminal Jurisdiction and the Criminal Procedure were analyzed from the optic of the constitutional instrumentality of the process. Then, after a conceptual reflection about the principles, perspectives and models of justice and restorative practices, it was verified the possibility of compatibilization and independent coexistence between the two models of justice. It was adopted the theoretical framework of the criticism to the general theory of the process, regarding the reflections on the Criminal Process, and the encounter theory's perspective, of Mark Umbreit, combined with the Restorative Purist Model of Justice, of Paul McCold's Purist, as vectors of orientation for the formulation of proposal which was coherent, feasible, and adequate to the Brazilian legislation. The methodology adopted was the propositive one, through a normative analysis, initially conducted from a deductive analysis of the concepts related to the Criminal Procedure and Restorative Justice, and, later, from an inductive exercise of proposing a Restorative Model which fitted the limits of the previously deducted factors, preserving their conceptual essence. It was concluded that a model based on structural complementarity and voluntarism, from the purist perspective, would respect the limits imposed by the legislation, would attend to the constitutional social project and also preserve the authenticity of the restorative experience. Finally, it was noted that solving legal

problems did not solve all practical obstacles to the implementation of the proposal in question, so those last issues should be further examined in future works.

Keywords: 1. Restorative Justice; 2. Criminal Procedure; 3. Restorative Model of Justice.



## Sumário

<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>11</b>
<b>METODOLOGIA .....</b>	<b>16</b>
<b>CAPÍTULO I - A JUSTIÇA COMUNITÁRIA DIALÓGICA E AS BASES PARA O DESENVOLVIMENTO DO MODELO OCIDENTAL CONTEMPORÂNEO DE GERENCIAMENTO DO CONFLITO .....</b>	<b>18</b>
1.1 Do preconceito e do fascínio com a Justiça Comunitária Tribal .....	18
1.2 Desenvolvimento das abordagens dialógicas comunitárias de tratativa de conflitos ....	22
1.3 Do sequestro institucional do conflito .....	27
<b>CAPÍTULO II - JURISDIÇÃO E PROCESSO PENAL: DO PAPEL DO JUDICIÁRIO CONTEMPORÂNEO ÀS CARACTERÍSTICAS DO PROCESSO PENAL .....</b>	<b>34</b>
2.1 O Poder Judiciário e a Pacificação Social: uma leitura a partir dos pressupostos constitucionais e das tendências de informalização da justiça.....	34
2.2 Peculiaridades e escopos da jurisdição penal e do processo penal: reflexões iniciais ....	43
2.3 Dos princípios do processo penal tipicamente apresentados como óbices à adoção de práticas restaurativas: .....	50
2.3.1 Considerações críticas sobre os fundamentos do Princípio da Obrigatoriedade da Ação Penal: .....	52
2.3.2 Fundamentos e finalidades do Princípio do Contraditório: .....	64
2.3.3 Da Presunção de Inocência: uma questão basilar.....	67
2.3.4 Observações pertinentes quanto ao Princípio da Indisponibilidade do Processo Penal: sobre interesse público, titularidade da ação e o combate às pressões internas e externas.....	69
<b>CAPÍTULO III - JUSTIÇA E PRÁTICAS RESTAURATIVAS: FUNDAMENTOS, VERTENTES E MODELOS DE APLICAÇÃO .....</b>	<b>71</b>
3.1 Em busca de uma definição conceitual: entre o aceito e o aceitável .....	71
3.2 Problematizações acerca dos escopos das práticas restaurativas:.....	76
3.3 Os principais atores das práticas restaurativas.....	80
3.3.1 A vítima (ofendido) e o ofensor: etiquetas que merecem ponderações .....	80
3.3.2 A polêmica figura da comunidade .....	83
3.3.3 Os facilitadores: nem juízes, nem conselheiros .....	85
3.3.4 A participação dos membros das instituições em sede das práticas restaurativas ...	87
3.4 As mais notórias modalidades de práticas restaurativas.....	88
3.4.1 A mediação vítima-ofensor .....	88
3.4.2 A Conferência Familiar .....	89
3.4.3 Práticas Restaurativas Circulares .....	90
3.5 Princípios reitores das práticas restaurativas .....	94

3.5.1 Dos princípios de perspectiva .....	95
3.5.2 Dos princípios operacionais: .....	96
3.6 Ponderações quanto às propostas de Modelos Restaurativos de Justiça .....	96
<b>CAPÍTULO IV - CONSIDERAÇÕES SOBRE A VIABILIDADE DE</b>	
<b>DESENVOLVIMENTO DE UM MODELO RESTAURATIVO DE JUSTIÇA QUE</b>	
<b>TUTELE CASOS PENAIS.....</b>	<b>104</b>
4. 1 Entre o maximalismo e o purismo: um esforço para minimizar incoerências .....	104
4. 2 Comparando e contrastando os princípios das práticas restaurativas com os princípios de processo penal .....	109
4.2.1 O Princípio da Jurisdição e da Legalidade em face à implementação de um Modelo Restaurativo de Justiça.....	109
4.2.2 Reflexões sobre a pacificação social como ausência de justa causa para a propositura da ação penal e considerações sobre a Resolução 181 de 2017 do Conselho Nacional do Ministério Público .....	110
4.2.3 Em sede processual: práticas restaurativas e a indisponibilidade do processo penal - possíveis efeitos jurídicos de um acordo restaurativo sobre a sentença e benefícios ao réu .....	115
4.2.4 Ponderações quanto à presunção de inocência no processo penal e os Princípios da Voluntariedade e da Confidencialidade em sede das práticas restaurativas .....	117
4.2.5 O contraditório e sua (des)contextualização no espaço restaurativo .....	119
4.3 Da admissibilidade de casos em programas de Justiça Restaurativa conforme a gravidade do crime .....	121
4.4 Sobre a fiscalização jurídica dos acordos restaurativos .....	122
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS .....</b>	<b>124</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....</b>	<b>126</b>

## INTRODUÇÃO

Como toda pesquisa, esta se iniciou a partir de perguntas, e a pergunta que a norteou, como todas as perguntas, é composta de conceitos. Assim sendo, para se entender a dimensões das dúvidas e saná-las com precisão, estes mesmos conceitos serão estudados a fim de se verificar se as indagações e as hipóteses que originaram a pesquisa são relevantes e conceitualmente coerentes entre si.

Verificar-se-á, através de concepções teóricas, a (in)viabilidade jurídica da relação entre a Justiça Restaurativa (JR) e o Direito Processual Penal Brasileiro. Ora, tem-se um primeiro conceito (JR) fluído, pois não consolidado, mas determinável, diante da existência de princípios que o moldam, e um segundo conceito mais antigo, preciso e sólido (Direito Processual Penal).

Segundo Aury Lopes Jr., o Direito Processual Penal é o ramo do direito que possui como objeto o processo penal, que consiste em um instrumento através do qual o Estado concretiza e exerce de forma legítima seu poder-dever punitivo<sup>1</sup>. Esse entendimento é praticamente uníssono na doutrina. Quando o assunto é a JR, no entanto, cada restaurativista busca temperar a definição ao seu modo, não raro confundindo a Justiça Restaurativa com as práticas restaurativas, o que será explicado posteriormente. Ocorre que a racionalidade e operacionalização do processo penal não vão de encontro com os princípios e propostas da JR e no Brasil, no qual o sistema de *civil law* tornou o procedimento penal comum ordinário mais rígido, tratar da interação entre esses dois modelos de justiça não é uma tarefa simples.

Com base na referida ponderação, surgem as dúvidas centrais desta Monografia: **por que e como** consolidar um Modelo Restaurativo de Justiça no Brasil incidente também sobre o processo penal, sem a necessidade de uma lei específica para tanto?<sup>2</sup>

O “porque”, novamente, implica em se avaliar as razões e pressupostos que tornam a dúvida coerente e relevante. O “como” abrange os campos: jurídico, filosófico e pragmático no que concerne à formulação de uma proposta viável de aplicação e que respeite os pressupostos do processo e da JR. Além da observância de tais princípios, há que se traçar o “como” sem desconfigurar as conquistas civilizatórias já atingidas pela

---

<sup>1</sup> LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. São Paulo: 11 ed., Saraiva, 2014, p. 24.

<sup>2</sup> O enfoque será direcionar a análise para os casos envolvendo o procedimento penal comum ordinário, visto que, por exemplo, no procedimento comum sumário as práticas restaurativas podem ser aplicadas sem supostas barreiras normativas, ou questionamentos complexos.

consolidação do atual Processo Penal Brasileiro, caso contrário dá-se um passo à frente, mas outro para trás.

Ora, se o “porque” não se mostrar suficientemente fundamentado, o “como” perde sua razão de ser. Por exemplo, talvez a discussão fosse encerrada ao se recorrer à concepção de Jacinto Nelson de Miranda Coutinho de que a função da Jurisdição Penal, atingida através do processo, corresponde ao acerto do caso penal, ou seja, à aplicação obrigatória da norma penal em um caso concreto cujos fatos provados façam inferir que houve a ocorrência de um crime, e, havendo tal comprovação, torna-se concreto o juízo hipotético contido na norma<sup>3</sup>. Portanto, não haveria conflito entre pessoas, ou lide (pretensão resistida)<sup>4</sup> no processo penal. Trata-se de uma cerimônia de verificação acerca da ocorrência, ou não, de um crime, viés investigativo alheio à JR, cuja abordagem corresponde a uma forma de solucionar conflitos entre seres humanos.

No mundo dos fatos, todavia, as práticas restaurativas já ocorrem no Brasil há mais de dez anos, inclusive, ocasionalmente, no âmbito do processo penal. Como relembra Luiz Fernando Coelho, os conceitos jurídicos, cada vez mais, têm suas fundamentações abstratas relativizadas a partir da observação dos fenômenos da realidade material<sup>5</sup>.

A suposta barreira conceitual não se mostrou forte o suficiente para impedir o contato entre as práticas restaurativas e o processo penal em países como Nova Zelândia, Austrália e Estados Unidos (todos com o sistema jurídico de *common law*). Portugal, Brasil e outros países que adotam o *civil law*, por sua vez, também avançaram rumo à ampliação da incidência da perspectiva restaurativa para o referido campo.

O Projeto de Lei 7006/2006 (brasileiro) propõe o uso facultativo e complementar da abordagem restaurativa no Sistema de Justiça, sem restrição à natureza do crime, e sugere o acréscimo de inciso ao art. 107 do Código Penal para que o cumprimento de

---

<sup>3</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **A Lide e o Conteúdo do processo penal**. Curitiba: Juruá, 1989, 29-30, 134.

<sup>4</sup> A noção de lide como pretensão resistida provém das primeiras reflexões de Carnelutti acerca do fato de uma parte possuir uma pretensão em face de outra, pretensão a qual, para a existência da lide, não seria atendida e, portanto, incorreria em uma resistência. Baseado na doutrina dos pensadores italianos, como Francesco Invrea e Giulio Paoli, entretanto, Coutinho aponta que o conteúdo do processo não pode ser definido como o conflito de interesses, eventualmente, existente em algumas formas e fases do processo penal. O conteúdo do processo penal corresponderia, portanto, ao “caso penal”, ou seja, fatos cujos atos narrados potencialmente incidiria uma norma penal. A jurisdição atuaria então para realizar o acerto do fato, verificando se a norma penal incide sobre este, ou não, e o meio utilizado para a realização de tal acerto é o processo. Em: *Ibidem*, p. 29-30, 134.

<sup>5</sup> COELHO, Luiz Fernando. **Lógica Jurídica e Interpretação das Leis**. Rio de Janeiro: 2 ed., Editora Forense, 1981, p. 1.

um acordo restaurativo opere como causa de extinção de punibilidade<sup>6</sup>. O mesmo projeto dispõe sobre alterações no Código de Processo Penal (CPP), facultando ao Ministério Público (MP) deixar de propor a ação penal enquanto estiver em curso “procedimento restaurativo”<sup>7</sup> relacionado a eventual caso penal. Isso relativizaria o Princípio da Obrigatoriedade da Ação Penal, do qual se tratará em capítulo futuro.

Até o momento, ainda que se esteja debatendo a recepção de práticas restaurativas pelo Projeto do Novo CPP<sup>8</sup>, inexistente Lei Federal específica, tanto no Brasil, quanto na Nova Zelândia, que regule a operacionalização da JR na seara penal<sup>9</sup>.

O que se nota é uma tendência do Direito Brasileiro em recepcionar métodos autocompositivos e, no caso da “JR Brasileira” é evidente que o judiciário vem capitaneando sua implementação e difusão, tendo a Presidência do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) elencado o seu desenvolvimento como diretriz para o biênio 2015-2016 através da Portaria nº 16 de 16 de fevereiro de 2015.

Ao contrário do que foi feito na Nova Zelândia, berço da institucionalização da JR, no Brasil não foi o apelo popular pela criação de uma justiça dialógica que operou como propulsor para a adoção de práticas restaurativas, mas sim a necessidade institucional em se oferecer respostas mais rápidas a casos que careciam de tutela jurisdicional. Isso não retira o valor do que foi atingido, mas não deve passar despercebido por uma reflexão crítica, pois quando a celeridade e, por vezes, o efficientismo são tomados como princípios orientadores das “boas ideias”, pode-se ignorar outros fatores relevantes para sua concretização, os quais podem se merecedores de maiores reflexões.

---

<sup>6</sup> BRASIL. **Projeto de Lei 7006 de 2006**. Distrito Federal: Câmara dos Deputados, 2006.

<sup>7</sup> Deve-se possuir certa cautela com relação a esse conceito, afinal, as palavras “procedimento” e “processo”, como já apontava Chiovenda, remetem a um conjunto concatenado de atos com um cunho formalista, no entanto, o termo mais apurado, conforme a perspectiva aqui defendida, é “abordagem restaurativa”, pois se trata de um *approach* essencialmente informal, que embora possua metodologias de referência, pode ser adaptado em conformidade com o caso concreto sem se afastar, necessariamente, da perspectiva.

<sup>8</sup> BRASIL. **Comissão do novo CPP debate Justiça Restaurativa**. Distrito Federal: Câmara dos Deputados, 04 de out. 2016. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/DIREITO-E-JUSTICA/517064-COMISSAO-DO-NOVO-CODIGO-DE-PROCESSO-PENAL-DEBATE-JUSTICA-RESTAURATIVA-NESTA-TERCA.html>. Acesso em 06 de abril de 2017.

<sup>9</sup> A Previsão da transação penal no art. 72 da Lei 9.099 de 1995 não pode ser considerada uma regulamentação das práticas restaurativas, primeiro pelo modo como esta é realizada na prática, na perspectiva de adesão dos réus a acordos propostos pelo MP sem grande participação da vítima, e segundo porque as práticas restaurativas englobam mais metodologias do que a transação e mediação penal.

Tal ressalva é válida, porque os efeitos das “boas ideias”, em nível macro, tendem a serem notados anos após a sua implementação e, até lá, os pressupostos que fizeram tal ideia parecer boa talvez já estejam comprometidos. Sobre isso, Freitag e Rouanet, ao tratarem da perspectiva sociológica de Habermas, apontam que toda a ideologia tem como função impedir a tematização dos fundamentos de poder<sup>10</sup>. A institucionalização da JR para ser coerente e efetiva, deve admitir tematização, ainda que, aos olhos de muitos, já se apresente, por si só, como uma boa ideia.

No campo da prática, a atenção parece ter se descolado ao “como”, e talvez o “porque” já tenha sido dado como superado. Portanto, propõe-se a realização de um passo atrás a fim de se evitar eventuais tropeços com a tentadora corrida que o “como”, comumente, convida o pesquisador a percorrer.

Objetivou-se oferecer respostas críticas acerca de porque a JR é, ou não, compatível com o Processo Penal Brasileiro e, se compatível, como poderia ser institucionalizado um Modelo Restaurativo de Justiça que dialogue com o processo penal, ou atue independentemente deste em âmbito de casos penais.

O enfoque da JR brasileira vem sendo a área Infracional da Infância e da Juventude. A JR também migrou para a área do Direito de Família, mas a resistência a sua ampla difusão na seara penal ainda é, técnica e culturalmente, significativa. Trata-se de uma “boa ideia” germinada fora do Brasil que foi por ele importada no intuito de resolver questões peculiares de sua realidade. Por esta questão, reservou-se um capítulo para tratar do estudo acerca dos fundamentos da JR.

O primeiro capítulo desta Monografia versará sobre o desenvolvimento do sequestro institucional do conflito e nele serão explorados alguns fatores relevantes acerca dos fundamentos da Justiça Comunitária Tribal, base para o Modelo Restaurativo, e para a consolidação do Estado como proprietário do conflito.

O segundo capítulo será dedicado à reflexão acerca do papel do Poder Judiciário na modernidade, à luz de uma interpretação constitucional sistêmica, e, em especial à análise das finalidades, pressupostos e características referentes à jurisdição penal e ao processo penal. O intuito é iniciar a problematização quanto à permeabilidade jurisdicional e processual penal brasileira no que tange recepção de técnicas autocompositivas e dialógicas que abordem supostos casos penais.

---

<sup>10</sup> FREITAG, B.; ROUANET, S. P. **Habermas**: sociologia. São Paulo: 3ed., Editora Ática, 1993, p. 15.

O terceiro capítulo tratará diretamente das teorias atinentes à JR, seus fundamentos, potencialidades, objetivos, metodologias mais notórias e modelos de implementação.

No quinto capítulo, expor-se-á as reflexões sobre a viabilidade jurídica de interação entre os Modelos Restaurativos de Justiça, descritos no capítulo anterior, com o processo penal. Serão então propostas diretrizes para a validação jurídica de um Modelo Restaurativo de Justiça condizente com as peculiaridades do Direito Processual Penal Brasileiro.

Finalizando a introdução, oportuna é a lição de Norberto Bobbio, na obra “Da Estrutura à Função”, de que no direito atual o ordenamento inicia sua configuração como promocional, recorrendo a técnicas de estímulo, como vem sendo feito com as abordagens autocompositivas. Da mesma forma, nas constituições pós-liberais (como a brasileira), percebe-se que o Estado tornou-se promocional<sup>11</sup>. Nessa senda, não é incomum que esses os Estados Promocionais centralizem em si a força motriz da mudança e a implementação das “boas ideias”, deixando em segundo plano a participação popular (direta) na efetivação da própria mudança.

Quando se fala de um Modelo Restaurativo, entretanto, necessariamente, está-se tratando da consolidação de uma Justiça Dialógica, a qual só pode ser construída em conjunto com a população. Sob essa premissa, e todos os limites técnicos que o direito impõe, será conduzido o presente trabalho, pois, como dizia Paulo Freire, “a história é tempo de possibilidade e não de determinismo”<sup>12</sup>.

---

<sup>11</sup> BOBBIO, Norberto. **Da Estrutura à Função**: Novos Estudos de Teoria do Direito. Barueri (SP): Manole, 2007, p. 13.

<sup>12</sup> FREIRE, Paulo. **Pedagogia da Autonomia**: saberes necessários à prática educativa. São Paulo: Paz e Terra, 1997, p. 21.

## METODOLOGIA

Para evitar a violência simbólica da leitura do Modelo Convencional de Justiça e do processo penal sob uma ótica restaurativista, optou-se pela adoção inicial de uma metodologia dedutiva, objetivando-se a identificação dos fundamentos de cada objeto a ser analisado. Para tanto foi realizada uma breve análise histórica a fim de se detectar quais fatores mostraram-se mais relevantes para a consolidação do Modelo Tradicional de Justiça e quais as origens da JR. Isso faz emergir um problema para a presente pesquisa, pois ao se recorrer a determinadas perspectivas históricas ignora-se elementos não tratados por elas, de modo que tal abordagem não poderá, de maneira alguma, ser considerada uma caricatura exata do que ocorreu. Buscar-se-á, portanto, apresentar um retrato seletivo de pontos considerados relevantes para os fins do que se pretende tratar.

Como o método dedutivo parte de premissas verdadeiras para deduzir conclusões<sup>13</sup>, com a dedução dos elementos provenientes de uma análise histórica não se pode atingir uma verdade, afinal análise do gênero implica na adoção de um ponto de vista que norteia a dedução. Em se tratando da dedução de elementos a partir **i)** da doutrina processual penal, **ii)** das atribuições do judiciário e **iii)** dos elementos da JR, o problema do método é minimizado em face dos dois primeiros pontos, pois há referencial legal e constitucional que permite a extração de premissas verdadeiras (independentemente das questões de ordem hermenêutica). Quanto à JR, diante da inexistência de tais referências, ressalvados dispositivos sem força de lei e legislações regionais, além do seu desenvolvimento incompleto no Brasil, as premissas adotadas se embasam na perspectiva de diversos(as) autores(as) que abordam a temática.

Feita a análise histórica, identificar-se-á os fundamentos teóricos que justificam a existência e a forma de cada um dos objetos de estudo (processo penal e JR). Essa identificação será feita mediante as características e escopos (declarados) de cada objeto. Por exemplo, o Processo não será abordado à luz da criminologia, mas do que declaradamente o mesmo se propõe a atingir.

---

<sup>13</sup> LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. **Metodologia Científica**. São Paulo: 2 ed., Atlas, 1992, p. 57.



Com os fins e os fundamentos do processo penal e da JR<sup>14</sup> devidamente analisados, a metodologia se tornará indutiva. Tal *approach* corresponde ao processo por intermédio do qual se parte da constatação de dados particulares para se inferir uma verdade geral não observada nas parcelas singularmente examinadas<sup>15</sup>. Os pontos deduzidos na fase anterior, por sua vez, serão comparados entre si para se averiguar a viabilidade da construção de um Modelo Restaurativo de Justiça no Brasil com os limites impostos pelo ordenamento.

A referida construção será considerada válida caso o arranjo final, fruto do reordenamento dos fatores deduzidos, não comprometa a essência do princípio orientador de cada um. Para tanto, deve-se verificar o desenvolvimento do processo penal e do papel do judiciário, pois existe a possibilidade de suas respectivas funções terem sido ressignificadas, o que influenciaria na consolidação de um Modelo Restaurativo de Justiça.

Observa-se que a conclusão proveniente de um método indutivo não é necessariamente verdadeira, mas provável<sup>16</sup>, uma vez que o reordenamento supracitado tende a ser contaminado por escolhas subjetivas (in)conscientes do pesquisador.

Inicialmente, portanto, o enfoque será reflexivo, buscando-se, a partir de pesquisa bibliográfica, informações para a compreensão dos dois modelos de justiça. Posteriormente, o viés será propositivo, baseado nos modelos restaurativos complementares (funcional, ou estrutural). O que será proposto, se juridicamente viável, é uma via alternativa que permita a interação entre os resultados das práticas restaurativas com o processo penal.

---

<sup>14</sup> Lembra-se que tudo que diz respeito ao judiciário, em virtude de seu protagonismo na condução do processo e na delimitação da JR no Brasil, afetará os resultados provocados por ambos no âmbito da realidade material.

<sup>15</sup> LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. Op. cit., p. 47.

<sup>16</sup> Ibidem, p. 47.

## CAPÍTULO I - A JUSTIÇA COMUNITÁRIA DIALÓGICA E AS BASES PARA O DESENVOLVIMENTO DO MODELO OCIDENTAL CONTEMPORÂNEO DE GERENCIAMENTO DO CONFLITO

### 1.1 Do preconceito e do fascínio com a Justiça Comunitária Tribal

A racionalidade ocidental atual, no que tange à resolução de conflitos, em muito se baseia na perspectiva europeia consolidada na época da colonização. Consequentemente, as categorizações científicas e as leituras históricas são orientadas pelos pré-conceitos atinentes a tal visão de mundo, a qual se apresentava como superior às demais e, dessa forma, justificava a própria essência predatória<sup>17</sup>.

Como aponta Achutti, a racionalidade estrutural da ciência moderna construiu-se a partir da revolução científica do século XVII, calcada nas premissas da universalidade, do determinismo e da objetividade do conhecimento, tudo dentro de uma lógica de dominação<sup>18</sup>. No caso do direito, ao implementar condições existenciais de auto-reprodução, esse limitou as possibilidades de consideração acerca dos modos de tutela de conflitos, fazendo o cidadão confundir uma escolha com uma necessidade<sup>19</sup>.

Em “O poder simbólico”, Pierre Bourdieu afirmou que o campo jurídico corresponderia ao âmbito de concorrência pelo monopólio do “direito de dizer o direito”, o que culminava na cisão categórica entre profanos (não juristas, desprovidos do conhecimento técnico-jurídico) e profissionais (operadores do direito)<sup>20</sup>. Sucederia então a consolidação de uma racionalização apta a aumentar o desvio entre os “veredictos armados” e as “instituições da equidade”, promovendo uma noção de que tal campo é independente das relações de força que o sancionam e consagram<sup>21</sup>. Visa-se espelhar uma ordem natural, fazendo o direito encontrar seus fundamentos em categorias que ofuscam o quadro histórico e as aspirações socioeconômicas as quais o configuraram, tratando-as como verdades que se auto-fundamentam<sup>22</sup>.

---

<sup>17</sup> DUSSEL, Enrique. **1492: O Encobrimento do Outro (A origem do “mito da Modernidade”)**. Petrópolis (RJ): Vozes, 1993, p. 8-9, 22.

<sup>18</sup> ACHUTTI, Daniel Silva. **Justiça Restaurativa e Abolicionismo Penal: contribuições para um novo modelo de administração de conflitos no Brasil**. 278 f., Tese, Faculdade de Direito, PUC-RS, 2012, p. 25-26.

<sup>19</sup> BORGES, Guilherme Roman. Violência e Mediação: impressões jusfilosóficas. Curitiba: **Revista da Unicuritiba**, v.1, n.30, fl. 112-137, 2013, p. 125-126.

<sup>20</sup> BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. Rio de Janeiro: 16 ed., Bertrand Brasil, 2010, p. 212.

<sup>21</sup> Ibidem, p. 212.

<sup>22</sup> Ibidem, p. 214.

A constelação social e institucional atual é de que as decisões práticas que afetam a coletividade e os indivíduos devem ser tomadas por experts que detém o *know-how* necessário para tanto<sup>23</sup>. Em se tratando da resolução de conflitos, tais especialistas seriam especialmente os magistrados, advogados e promotores, sendo seu poder legitimado por uma racionalidade eminentemente técnica. O mais interessante, como ressaltado por Bourdieu, é justamente a ideia de que o processo pretende emitir a mensagem de que é a única forma adequada de tutela de casos penais e de lides, o que, consequentemente, dificulta a consideração da adoção de outros *approachs*.

Parece, portanto, que a mentalidade institucional brasileira herdou a noção de que existe uma “forma padrão”, correta, de solução de controvérsias a qual é permitida explorar e adequar outras figuras, podendo integrá-las a si com o intuito de aprimorar o modo como busca atingir a sua finalidade. Em palavras mais claras, a forma institucional basilar de tutela de controvérsias, inclusive determinada pelo ordenamento jurídico, é a judicial, porém, esta vem acoplando a sua estrutura “formas alternativas”, como as abordagens autocompositivas e dialógicas. Cabe, a partir de agora, contrastar-se as características e objetivos dessas formas a partir do que se tem como suas origens.

Com exceção do penúltimo capítulo, o presente trabalho sempre repousará prioritariamente no âmbito da reflexão voltada para o processo penal e a censura, ressaltando-se que esta é um gênero do qual a pena é uma espécie<sup>24</sup>. Assim sendo, tratando-se de Modelos de Justiça, faz-se oportuno apontar que no ensino jurídico penal, via de regra, adota-se a separação histórica dos métodos de aplicação de censura a partir da seguinte ordem cronológica: **i)** autotutela, chamada pejorativamente de “vingança privada”; **ii)** a justiça comunitária, abordada também como “vingança coletiva”; **iii)** vingança divina, **iv)** a resposta a conflitos ditada pelos monarcas, líderes, ou a quem estes outorgassem o poder para tanto e **v)** o modelo contemporâneo, caracterizado pela profissionalização dos operadores do conflito.

Em sede de reflexão histórica, a apresentação da divisão em pauta tende a ser acompanhada pela aclamação da Justiça Institucional e pelo o desdém sobre as formas comunitárias de se promover justiça. A visão que se porta é a de que, anteriormente ao

---

<sup>23</sup> FREITAG, B.; ROUANET, S. P. Op. cit., p. 16.

<sup>24</sup> Sobre tal distinção, Massimo Pavarani apresenta três características fundamentais da pena que a tornam uma censura peculiar: **i)** o caráter aflitivo (que remete à produção intencional de dor), o **ii)** o caráter expressivo (que remete à expressão de um juízo de reprovação emitido por uma autoridade da qual emana o poder punitivo) e **iii)** o caráter estratégico (finalidade de perseguição de condutas específicas sob a roupagem de uma punição legítima e justa). Em: PAVARINI, Massimo, GUAZZALOCA, Bruno. **Corso di Diritto Penitenziario**. Bologna: Edizioni Martina Bologna, 2004, p. 4.

Estado, os membros dos agrupamentos humanos, ou atuavam de modo irascível e irracional para sancionar atos antissociais, ou as censuras dependiam somente da palavra de um intérprete (representante) de entidades divinas. Assim, os estudantes de direito, não raro, são ensinados que o desenvolvimento do atual Modelo de Gestão de Conflitos se deu através da racionalização e contenção, respectivamente, das paixões irracionais e da violência humana. Em outras palavras, as conquistas civilizatórias, necessárias à consolidação das instituições contemporâneas, representariam a ascensão do gênero humano para um Modelo de Justiça superior aos demais.

Tal fenômeno pode ser descrito a partir do conceito de “aprendizado direcional não reflexivo” de Habermas, o qual se refere a contextos nos quais as implícitas pretensões à validade teórica e prática são ingenuamente tomadas como fixas e aceitas, ou rejeitadas sem considerações discursivas<sup>25</sup>. No presente caso, encara-se o processo penal como a única forma de tratamento segura e civilizada de casos penais, porém, ao se estudar a história somada à antropologia, analogamente, pode-se buscar, inclusive em comunidades indígenas, outras maneiras seguras e até dialógicas de se atingir a pacificação social (cada qual em seu contexto).

Ao se descrever a resolução de conflitos nas sociedades primitivas, aponta-se a autotutela, ou a violência coletiva como uma regra, oferecendo-se um retrato caricato de selvagens e bárbaros irracionais e violentos. Trata-se o direito comunitário como algo rude sem o afastamento necessário para cogitá-lo na forma de uma abordagem contextualizada em um processo histórico<sup>26</sup>.

Nesse momento, em que o jurista prostra-se como historiador e antropólogo, o orgulho das ditas conquistas civilizatórias pode culminar na recusa do que lhe é estranho, diante da fé que se possui nas instituições jurídicas contemporâneas. Em outra via, pode culminar também no fascínio pelo diferente, justificado pela descrença da efetividade das instituições atuais<sup>27</sup>. A primeira perspectiva incorre na manutenção do *status quo* pela rejeição do novo e a segunda pode garantir tal continuidade pela ingenuidade em desconsiderar que as ideias diferentes podem não produzir os efeitos desejados no contexto vigente.

---

<sup>25</sup> HABERMAS, Juergen. **A crise de legitimação no capitalismo tardio** Rio de Janeiro: 3ª ed., Editora Tempo Brasileiro, Tempo Universitário, 1999, p. 27-28.

<sup>26</sup> Tal situação dialoga com a noção de Roberto Lyra filho, o qual concebe o direito “como um processo contextualizado em um processo histórico dialético que reflete a dialética dominação-libertação”. Em: LYRA FILHO, Roberto. **Razões de Defesa do Direito**. Brasília: Editora Obreira, 1981, p. 7.

<sup>27</sup> LAPLATINE, François. **Aprender Antropologia**. São Paulo, 1ª ed., 15ª reimpressão, Editora Brasiliense, 2003, p. 26

Os antigos antropólogos vislumbravam as comunidades tribais como uma fotografia do passado da civilização europeia. A segmentação histórica apresentada reflete como o jurista, por vezes, encara os as formas de tutela de conflitos com o pescoço virado para traz, tomando-as como protótipos do que existe hoje. Contudo, ao se ignorar a complexidade e fundamentos das práticas comunitárias tribais, perde-se a chance de explorá-las, estudá-las e adaptá-las para formas efetivas e coerentes de tutela de conflitos emergentes na contemporaneidade.

Conceber a referida divisão didática como um reflexo fiel do passado é cair na armadilha dos metarrelatos especulativos<sup>28</sup> e concretizar imputações de ausência<sup>29</sup> anacrônicas e provincialistas. A história apenas é descrita linearmente para facilitar sua compreensão e causar a noção de superioridade evolutiva do futuro em relação ao passado e dos vencedores (que descrevem) em relação aos vencidos (descritos)<sup>30</sup>.

Dussel problematizou as consequências advindas da chamada “modernidade” criticando a perspectiva desenvolvimentista colonizadora, ideia de que os mais desenvolvidos devem portar aos subdesenvolvidos a cultura e os conceitos do futuro<sup>31</sup>. Tal concepção é ratificada pelos escritos de Hegel, que apregoa uma visão universal da

---

<sup>28</sup> Jean François Lyotard, afirmou que ciência mantém um discurso de legitimação que recorre a narrativas, designadas de metanarrativas, ou metarelato, cuja finalidade é fundamentar, a partir de uma descrição direcionada, uma narrativa especulativa acerca do progresso humano universal em direção a uma verdade absoluta pelo acúmulo do conhecimento. Nesse sentido, em relação a uma perspectiva histórica, a modernidade, criação europeia, expressaria uma leitura histórica tendo como base a visão eurocêntrica colonizadora e desenvolvimentista. Tal concepção, por sua vez, apontaria que o homem está direcionado a evoluir em determinado sentido e que o ponto de referência do progresso é a civilização ocidental europeia, enquanto as demais civilizações e comunidades apenas representariam, como também aponta Roberto Kant de Lima, “um vir a ser do que a nação Europeia já é”. Tal falso evolucionismo estruturou a história linearmente, bem como o progresso e o desenvolvimento cultural. Em: NASCIMENTO, João Paulo Costa. **Abordagens do pós-moderno em música:** a incredulidade nas metanarrativas e o saber musical contemporâneo. São Paulo: Editora UNESP; São Paulo: Cultura Acadêmica, 2011, p. 26, 39, 41 e DE LIMA, Roberto Kant. **Ensaio de Antropologia e de Direito:** Acesso à Justiça e Processos Institucionais de Administração de Conflitos e Produção da Verdade Jurídica em uma Perspectiva Comparada. Rio de Janeiro: 2ª tiragem, Editora Lumen Juris, 2009, p. 7.

<sup>29</sup> Segundo Pierre Clastres existe uma relação arbitrária do estado de civilização com a civilização do Estado, a partir da qual as sociedades arcaicas são determinadas de maneira negativa, sob o critério da falta (imputação de ausência): sociedades sem Estado, sociedades sem escrita, sociedades sem história. A referência, a unidade de mensura do estranho é o nosso próprio mundo Em: CLASTRES, Pierre. **A sociedade contra o Estado:** pesquisas de antropologia política. São Paulo: Cosac & Naify, 2003, p. 208 e LAPLATINE, François. Op. cit., p. 37. Roberto Kant de Lima, por sua vez, relembra que o “estranhamento do familiar é um processo doloroso e esquizofrênico a que certamente não estão habituados as pessoas que se movem no terreno das certezas e dos valores absolutos”, ou seja, a reflexão se dá no sentido de que o contexto no qual se vive é tomado como o único admissível, sendo os contextos estranhos a estes analisados sobre a moldura da realidade de quem analisa, buscando-se no outro categorias atinentes a si, ou imputando-lhe a ausência destas. Em: DE LIMA, Roberto Kant. Op. cit., p. 2, 8 e 13.

<sup>30</sup> Sobre o tema ver: DUSSEL, Enrique. Op. cit..

<sup>31</sup> DUSSEL, Enrique. Op. cit., p. 7, 17.

história e de que a Europa nada teria a aprender com culturas indígenas, pois elas representariam o passado<sup>32</sup>. Clastres contrapõe-se a tal visão, apontando que as sociedades primitivas não eram inferiores aos europeus, mas adaptadas as suas próprias necessidades<sup>33</sup>.

Quanto às categorias tribais de aplicação de censura, estas não foram plenamente superadas, coexistindo, em maior, ou menor grau, ao redor do globo. Cabe, entretanto, reconhecer que uma Justiça Comunitária, calcada em pressupostos essencialmente comunitaristas, deve ser profundamente analisada, pois representa algo deveras diverso do processo institucionalizado de resolução conflitual. Sua implementação subsidiária ao processo convencional, portanto, pode implicar em algumas incoerências sistêmicas, não pela sua inferioridade técnica, mas sim pela diversidade de fundamentos históricos e as finalidades que almeja atingir.

Sobre o enxerto de abordagens alienígenas ao sistema jurídico, Roberto Lyra Filho descreve o direito como controle social<sup>34</sup> e, obviamente, tudo que represente um corpo estranho a este, que não se adéque a sua moldura, tende a ser legalmente hostilizado para se adaptar ao modelo<sup>35</sup>.

O problema é encontrar uma justa medida, entre a “implementação de novas técnicas sem a verificação da compatibilidade sistêmica” e “a ignorância da Justiça Comunitária Dialógica por sua concepção como ultrapassada”. Por isso faz-se necessário um estudo de tal modelo de justiça.

## **1.2 Desenvolvimento das abordagens dialógicas comunitárias de tratativa de conflitos**

A autotutela aparenta ser um *approach* para responder a conflitos próprio de grupos em cuja coesão social é fraca, ou mesmo para os quais os envolvidos nesses sejam de diferentes grupos. Observa-se que diante da gama de situações conflituosas não tuteladas pelo ordenamento jurídico contemporâneo, a grande maioria dos conflitos, ainda hoje, é solucionada através da autotutela.

---

<sup>32</sup> DUSSEL, Enrique. Op. cit., p. 18-21.

<sup>33</sup> CLASTRES, Pierre. Op. cit., p. 267

<sup>34</sup> LYRA FILHO, Roberto. Op. cit., p. 18.

<sup>35</sup> Sobre o caráter predatório do direito oficial ver: SANTOS, Boaventura de Sousa. **O Discurso e o Poder: Ensaio sobre a Sociologia da Retórica Jurídica**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1988.

Nesta senda, a irracionalidade imputada a métodos que impliquem na participação direta dos envolvidos para formulação de uma resposta a um conflito não culmina, necessariamente, em violência. A autotutela pode resultar em uma composição, como um pedido de desculpas, por exemplo, sem a intervenção de qualquer especialista jurídico, porém o receio quanto a ela se dá devido a sua imprevisibilidade.

A previsibilidade mínima da conduta alheia é um requisito para a formação de uma identidade de grupo, afinal o ser humano é construído na relação com o outro e ele só se assemelha, ou se diferencia em um espaço relacional<sup>36</sup>. Se duas, ou mais pessoas não possuem nada em comum isso inviabiliza a estabilização de uma associação perene, pois a união, que deveria trazer segurança, traria receio.

Aristóteles já retratava o ser humano como um ser social e, inclusive, a relação de dependência de um ser humano com outro ocorre desde a concepção, sendo perpetuada por mais tempo na espécie humana do que em outros animais<sup>37</sup>. A união em agrupamentos, portanto, provém já da necessidade atávica aos limites biológicos. A comunidade então corresponde à organização conjunta dos individualmente fracos em face às intempéries da realidade no intuito de fazer frente às ameaças externas<sup>38</sup>. Tem-se na comunidade uma associação primordial cujas características essenciais são a homogeneidade nuclear de valores e objetivos individuais e as normas consuetudinárias geradas espontaneamente, de modo que a distância entre o prescritivo e o descritivo é pequena<sup>39</sup>.

A sobrevivência, a prosperidade e a dominação da natureza apontaram para a organização tribal como um meio mais conveniente de preservação. A preservação da comunidade, por sua vez, dependia de certa organização e diretismo, nesse contexto surgiam as lideranças. As lideranças tribais, contudo, não devem ser concebidas como as atuais. Pierre Clastres, ao estudar as tribos ameríndias do Norte e do Sul, ressaltou que o “chefe tribal” não dispunha de autoridade, de modo que não havia dever de

---

<sup>36</sup> FERREIRA, Maria Clotilde Rossetti; AMORIM, Katia de Souza; DA SILVA, Ana Paula Soares. **Rede de Significações**: alguns conceitos básicos. Em: FERREIRA, Maria Clotilde Rossetti; AMORIM, Katia de Souza; DA SILVA, Ana Paula Soares; CARVALHO, Ana Maria Almeida. **Rede de Significações e o Estudo do Desenvolvimento Humano**. Porto Alegre: Artmed, p. 23-33, .2004, p. 25.

<sup>37</sup> FERREIRA, Maria Clotilde Rossetti. Op. cit., p. 24.

<sup>38</sup> NIETZSCHE, Friedrich. **Escritos sobre Direito**. Rio de Janeiro: 3ª ed., PUC-Rio, Edições Loyola, 2014, p. 179

<sup>39</sup> MORTON, Peter. **An Institutional Theory of Law: Keeping Law in its Place**. New York: Oxford University Press, 1998, 13-14.



obediência algum para com este<sup>40</sup>. A força da identidade coletiva (comunitária), segundo o autor, era superior às aspirações individuais, por isso o chefe correspondia a um instrumento momentâneo da tribo para a solução de problemas os quais poderia ajudar a resolver<sup>41</sup>.

Ser chefe, nas tribos estudadas por Clastres, acarretava em ônus, seja de atuar como conciliador, zelando pela coesão tribal, seja falar em nome do coletivo, ainda que a palavra do chefe não fosse lei<sup>42</sup>. Qualquer poder que o líder possuísse provinha de seu prestígio, mas não no sentido da dominação carismática, como descreve Weber, mas do prestígio advindo da habilidade em solucionar problemas<sup>43</sup>. Se a palavra apaziguadora do chefe não bastasse, ele perderia seu prestígio. Se usa da violência para sanar questões internas da comunidade, ele enfraquece a coesão tribal e perde prestígio deixando de ser chefe<sup>44</sup>. Diante do respeito à perícia dos chefes guerreiros, Clastres ressalva que as expedições militares eram as únicas ocasiões em que os líderes exerciam autoridade de fato, pois a finalidade era organizar o povo para a guerra<sup>45</sup>.

Especificidades como as descritas anteriormente são relevantes para a compreensão do ambiente no qual emergiu a Justiça Comunitária Dialógica. Logicamente, não se pode incorrer na falácia do fascínio e retratar a vida tribal como desprovia de adversidades. A organização hierárquica, a exploração, a violência interna, ou mesmo abusos de poder também poderiam ser verificados em comunidades do gênero.

Em uma tribo do nordeste da Melanésia, por exemplo, Malinowski apontou que nos componentes tribais vislumbravam-se traços individualistas e coletivistas<sup>46</sup>. Na mesma tribo, uma das primeiras a serem analisadas antropológicamente, havia o reconhecimento da autoridade e privilégios de um chefe, o qual se legitimava pela recorrência à magia negra<sup>47</sup>. Relacionamentos amorosos ocorrentes no âmbito interno da tribo eram encarados como crimes dignos de vergonha e justificariam a morte pelo ostracismo ou instigação ao suicídio<sup>48</sup>. Na época da imersão de Malinowski as pesquisas

---

<sup>40</sup> CLASTRES, Pierre. Op. cit., p. 222.

<sup>41</sup> CLASTRES, Pierre. Op. cit., 226.

<sup>42</sup> Ibidem, p. 223.

<sup>43</sup> Ibidem, p. 223.

<sup>44</sup> Ibidem, p. 223.

<sup>45</sup> Ibidem, p. 225.

<sup>46</sup> MALINOWSKI, Bronislaw. **Crime and Custom in Savage Society**. Nowoczensna Polska, 1932 p. 6, 17.

<sup>47</sup> Ibidem, p. 27.

<sup>48</sup> Ibidem, 23.



antropológicas de campo encontravam-se em estado embrionário, portanto, estariam mais sujeitas ao vício por preconceitos, contudo, trata-se de um relato importante para evitar a romantização da convivência tribal.

Para Habermas, o processo de individuação pressupõe a interação intersubjetiva, sendo que a moralidade suavizaria eventuais crises de identidade individual ao fornecer uma base de identidade comum ao grupo<sup>49</sup>. Em uma tribo, diante do pequeno contingente, a interação entre seus membros é constante e o que afeta a um tem maior potencial de afetar aos demais, visto o microcosmos comunitário partilhado por todos<sup>50</sup>.

A ameaça de outros grupos ou das intempéries naturais tornou a união requisito crucial para a sobrevivência. Assim, a força de uma tribo é mensurada por seu contingente e pela coesão social que a mantém unida. Robert Shirley, tomando como referência os esquimós, afirmou que a maioria das sociedades sem Estado desenvolveu sanções mais leves a fim de advertir adequadamente os infratores, antes da tomada de medidas severas como ostracismo, ou execução<sup>51</sup>. É lógico, se o banimento, ou a pena capital fossem a regra, as tribos perderiam força e coesão, ameaçando a própria sobrevivência.

Outra consequência relevante da interação constante é a promoção do reconhecimento mútuo entre os componentes tribais, o que dificultava a admissão e a instigação às punições severas contra os semelhantes.

O bom funcionamento da tribo dependia do cumprimento do papel social de cada componente tribal. Nesse contexto, o grau de relevância social do indivíduo era infinitamente maior, justamente pela dependência direta entre os membros da tribo quanto à realização das atribuições de cada um<sup>52</sup> e porque não havia, como há hoje, reserva de contingente para suprir eventual carência de contingente. Essa condição colabora para desmistificar a ideia de que penas destrutivas eram aplicadas constantemente.

O modelo de justiça tribal comunitário tendia a ser, portanto, fundado na alteridade, na restauração e no fortalecimento de vínculos, para se recuperar o tecido

---

<sup>49</sup> DE OLIVEIRA, Roberto Cardoso; DE OLIVEIRA, Luís Roberto Cardoso. **Ensaio Antropológico sobre Moral e Ética**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1996, p. 116.

<sup>50</sup> SHIRLEY, Robert Weaver. **Antropologia Jurídica**. São Paulo: Editora Saraiva, 1987, p. 40.

<sup>51</sup> Ibidem, p. 40.

<sup>52</sup> FISCHER DA SILVA, Mário Edson Passerino. **Breves Considerações sobre Questões Conceituais, Origens e a Institucionalização da Justiça Restaurativa no Brasil**: Entre uma redefinição de justiça, cidadania e a democratização das Instituições. Ponta Grossa: Programa de Pós Graduação em Ciências Sociais Aplicadas da UEPG, Anais da Jornada de Estudos e Pesquisa Sobre Justiça Restaurativa, fl. 23-34, 2016, p. 28.

social rompido pelo conflito<sup>53</sup>. Um dos modos de se abordar o conflito eram as reuniões em formato circular em volta de fogueiras, realizadas, por exemplo, pelos povos indígenas norte-americanos, como os aborígenes canadenses<sup>54</sup> e pelo povo Maori da Nova Zelândia<sup>55</sup>. Tais encontros operavam como formas dialógicas de resolução de controvérsias.

Segundo Peter Morton, em sua obra “*An Institutional Theory of Law*”, no âmbito comunitário, durante a resolução de conflitos, as normas não eram tomadas como premissas, mas estavam implícitas nos argumentos dos que debatiam uma resposta para a questão, uma vez que as regras não possuíam prioridade lógica no discurso<sup>56</sup>. A preocupação essencial, quando o conflito não houvesse rompido irreversivelmente o tecido das relações comunitárias, não era o descumprimento passado da norma, mas a conduta futura dos envolvidos, o cumprimento de seu papel comunal e o reconhecimento de suas responsabilidades<sup>57</sup>.

Trata-se de um *approach* essencialmente compositivo que primava pela preservação numérica da tribo e pela rigidez dos vínculos intersubjetivos. A comunidade participava e deliberava ativamente em tais círculos, os quais eram conduzidos pelos membros de maior prestígio. Relembra-se que, diante das dimensões dos agrupamentos humanos, um conflito entre duas pessoas detinha maior potencial de afetar as relações da comunidade como um todo, logo pessoas indiretamente afetadas pela controvérsia também opinavam sobre sua resolução.

Os sentimentos e necessidades, bem como eventuais fatores religiosos, ocupavam lugar de relevância na tratativa, essencialmente casuísta, do conflito.

A figura comunal era de suma importância, mas não suprimia a figura do ofendido, essa representava a identidade comum dos membros tribais conflitantes e os afetados indiretamente pela questão. A ofensa não era reconhecida somente como algo que agrediu à comunidade, ou aos deuses, mas também à vítima e aquele visto como ofensor era fundamental para construir uma solução e restaurar as relações afetadas.

---

<sup>53</sup> GIAMBERARDINO, André Ribeiro. Op. cit., p. 227.

<sup>54</sup> PINTO, Renato Sócrates Gomes. **Justiça Restaurativa é possível no Brasil?**. Em: SLAKMON, Catherine (Org); DE VITTO, Renato Campos Pinto(Org); PINTO, Renato Sócrates Gomes (ORG). *Justiça Restaurativa*. Brasília: PNUD, fls.19-39, 2005, p. 28.

<sup>55</sup> MAXWELL, Gabrielle. **A Justiça Restaurativa na Nova Zelândia**. Em: SLAKMON, Catherine (Org); DE VITTO, Renato Campos Pinto(Org); PINTO, Renato Sócrates Gomes (ORG). **Justiça Restaurativa**. Brasília: PNUD, fls. 279-294, 2005, p. 279.

<sup>56</sup> MORTON, Peter. Op. cit., p. 15.

<sup>57</sup> Ibidem, p. 15.

A Justiça Comunitária Dialógica mostrava-se mais coerente com o contexto previamente descrito. Por essa razão, as configurações e reconfigurações dos agrupamentos humanos paralelos, ou posteriores aos tribais culminaram em outras abordagens e racionalizações para se responder aos conflitos, de acordo com as mudanças culturais, sociais, políticas e econômicas que ocorressem.

O conflito, antes plenamente pertencente aos envolvidos e solidariamente à comunidade, foi absorvido pelo plano institucional. O desenvolvimento do sequestro da questão conflituosa, nesses termos, confundir-se-á com a gradual formação do Estado e tal problemática será tratada no próximo tópico.

### 1.3 Do sequestro institucional do conflito<sup>58</sup>

Um dos primeiros ensaios a abordar diretamente o tema em pauta foi o artigo “*Conflict as property*”, de Nils Christie, o qual analisou o fenômeno do sequestro da titularidade do conflito das partes nele envolvidas por parte do Estado<sup>59</sup>. A consagração da transferência gradativamente impositiva dessa titularidade deu-se sob o manto de legitimação da legalidade, em um estágio mais avançado<sup>60</sup>. A preocupação do direito penal, por exemplo, deixou de ser o dano e se tornou a agressão abstrata à norma jurídica<sup>61</sup>, representante da coesão social, ou, para o *labeling approach*, reflexo das concepções culturais de classes sociais com poder definição criminalizador<sup>62</sup>

A vítima do dano perdeu seu espaço para o Estado, reduzindo-se a complexidade da situação conflituosa a abstrações normativas talvez incompreensíveis para os não-juristas<sup>63</sup>. Desse modo, o ofendido, na ótica de Zehr, tornou-se uma “nota de rodapé no processo penal”<sup>64</sup> e o conflito se transformou em uma propriedade do plano

---

<sup>58</sup> O presente subcapítulo foi adaptado do capítulo “Desenvolvimento histórico do sequestro institucional do conflito” parte do artigo “Breves Considerações sobre Questões Conceituais, Origens e a Institucionalização da Justiça Restaurativa no Brasil: Entre uma redefinição de justiça, cidadania e a democratização das Instituições”. Em: FISCHER DA SILVA, Mário Edson Passerino. **Breves Considerações...** Ob. cit. 23-34.

<sup>59</sup> CHRISTIE, Nils Conflict as property. **The British Journal of Criminology**, Oslo, vol. 17, 1977, p. 1.

<sup>60</sup> WEBER, Max. **Metodologia das ciências sociais**: 2ª parte. 2ª ed. São Paulo: Cortez, 1995, p. 350-351.

<sup>61</sup> ZEHR, Howard. Op. cit., p. 78.

<sup>62</sup> BARRATA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**. Rio de Janeiro: 3ª edição. Editora Revan, 2002, p.94-96, 109-112.

<sup>63</sup> ACHUTTI, Daniel Silva. Op. cit, p. 16.

<sup>64</sup> ZEHR, Howard. Op. cit., p. 79.

institucional. Esse sequestro foi acompanhado pela profissionalização dos resolutores de conflitos<sup>65</sup>.

Somados à teoria de Christie, abordar-se-á outros fenômenos observáveis diante das mudanças nas diversas conjunturas das relações humanas, os quais serão chamados de “processo de fungibilização e desumanização do indivíduo”<sup>66</sup>. Pela descrição destes fenômenos, visa-se compreender a consolidação e as finalidades da lógica sistêmica contemporânea, para, em capítulo futuro, se averiguar sua coerência intrasistêmica a partir dos seus próprios fundamentos.

O primeiro e talvez mais relevante fator para a alteração das dinâmicas comunitárias de resposta ao conflito foi o aumento populacional, fruto da dominação da natureza pelo homem e, especialmente, da sedentarização e aprimoramento da agricultura por parte deste. Habermas também aponta o crescimento demográfico como o principal fator de mudança em sociedades primitivas<sup>67</sup>.

Não se pretende repetir os preconceitos e metarrelatos criticados nos tópicos anteriores, mas apontar fatores que possibilitaram à sociedade europeia alterar seu Modelo de Gestão Conflitual e então exportá-lo ao Ocidente. Isso não significa que as comunidades indígenas representem uma versão involuída das sociedades com Estado, mas que os fenômenos a seguir descritos não foram observados em seu âmbito, e não fosse a intervenção europeia, talvez nunca ocorressem.

Com a expansão dos agrupamentos humanos, seus membros não mais interagiam ou conheciam a todos os demais. O aumento populacional diminuiu o grau de relevância social do indivíduo, o qual se tornou mais substituível, devido à reserva de mão de obra que poderia supri-lo. Com mais seres humanos e o meio ambiente hostil estabilizado, o corpo social passou a suportar facilmente as perdas de seus componentes, que se tornavam cada vez mais fungíveis.

Em sociedades extensas os desconhecidos são encarados como meros organismos que partilham o mesmo espaço com seus observadores. Ao “desconhecido” atribui-se à categoria de sombra, e tal desumanização, antes improvável de ocorrer,

---

<sup>65</sup> CHRISTIE, Nils. . Op. cit., p. 3.

<sup>66</sup> FISCHER DA SILVA, Mário Edson Passerino. **Breves Considerações...**Op. cit., p. 29.

<sup>67</sup> HABERMAS, Juergen. Op. cit., p. 31-32.

implicou na “irrelevantização” do próximo, os “estranhos” se tornaram abstrações sem nome nem face<sup>68</sup>.

A “fungibilização” e desumanização foram acompanhadas por uma necessidade de fortalecimento da coesão social, fosse pelo direito, fosse pela moral, ambos com pretensão de validade universal<sup>69</sup> e, portanto, de unificação. Para Roberto Cardoso de Oliveira e Luíz Roberto Cardoso de Oliveira, a moralidade cumpre um papel duplo de garantir a inviolabilidade do indivíduo e proteger a rede de relações intersubjetivas de reconhecimento mútuo, através das quais os indivíduos se concebem como membros de um coletivo com a mesma base de identidade<sup>70</sup>.

Ressalta-se que o conteúdo disposto acima não nega a existência do direito, ou da moral em comunidades indígenas de baixo índice demográfico. Ocorre que, diante da intensa interação entre os membros das tribos, a sensação de pertencimento e unidade eram consequências da mera convivência, enquanto em sociedades extensas a formação de um sentimento de coletividade depende de instituições que reforcem, ou imponham a identidade comum ao vasto número de pessoas. O fortalecimento de instituições formais que reforcem a moralidade, em detrimento da mera interação (controle social informal), marca as mudanças das quais se está tratando<sup>71</sup>.

Com os altos índices demográficos, as abordagens casuístas comunitárias de resposta aos conflitos foram substituídas por sistemas de tutela mais amplos e que, diante da demanda, oferecem soluções padronizadas de maior previsibilidade (pois a agilidade tornou-se diretriz fundamental). As lideranças comunitárias, quando passam a

---

<sup>68</sup> Christie tratou dessa questão vinculando-a, entretanto, a sociedades industrializadas e ao fenômeno da migração cotidiana, ou seja, ao fato dos indivíduos migrarem diariamente de um grupo de pessoas para o outro sem necessariamente criarem laços intersubjetivos com tais grupos. A única interação desses sujeitos com os citados agrupamentos, portanto, seria seu o ato de contemplá-los e depois deixá-los. Tal fenômeno é notado, por exemplo, ao se observar a interação entre os colegas de trabalho, vizinhos e pessoas as quais se cumprimentam nas ruas. Nessa linha, a desumanização seria acentuada pela segmentação social promovida pela divisão do trabalho e da sociedade em castas, ou seja, em classificações abstratas que reduzem a figura do indivíduo às características atinentes à casta que lhe é atribuída. Em: CHRISTIE, Nils. Op. cit., p. 5-7.

<sup>69</sup> DE OLIVEIRA, Roberto Cardoso; DE OLIVEIRA, Luíz Roberto Cardoso. Op. cit., p. 118 e 121.

<sup>70</sup> Ibidem, p. 116.

<sup>71</sup> Para fins da formação de tal noção, interessante citar a ideia de Nereu Giacomolli, ao contrastar o princípio da obrigatoriedade da propositura da ação penal com o princípio da oportunidade, os quais serão tratados posteriormente, mas o que é relevante da lição do autor para esse trecho da monografia é justamente a relação dialética contrastante entre consenso e formalismo. Assim, enquanto o consenso, nas comunidades tribais, surgia de modo mais espontâneo, por sua conjuntura contextual, as características de sociedades mais extensas culminaram na formação de meios institucionais formais de controle social e embasamento de um modelo comum a ser seguido por todos. Em: GIACOMOLLI, Nereu José. **Legalidade, Oportunidade e Consenso no Processo Penal**: na perspectiva das garantias constitucionais. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2006, p. 100.

gozar de autoridade política<sup>72</sup>, tem como alicerce de seu poder as normas jurídicas, as quais oferecem respostas a casos de controvérsias no sentido de ditar como a realidade deve ser.

Essas respostas dialogam com o conceito de “poder de nomeação”, desenvolvido por Bourdieu em “O poder simbólico”. Tal poder corresponde à resposta (veredicto) oferecida para nomear algo como “certo” ou “errado” após a ocorrência de uma luta simbólica entre duas visões de mundo que pretendem impor seu reconhecimento e, conseqüentemente, anular seu oposto<sup>73</sup>. O Estado, como detentor do monopólio da violência simbólica legítima, pode dizer o que é, ou não, verdade (poder pertencente à classe dos atos de nomeação), exprimindo a “palavra autorizada”<sup>74</sup>, antes partilhada entre os indivíduos em geral.

Os atos de nomeação seriam espécies de atos mágicos, bem sucedidos porque estão à altura de se fazer reconhecer publicamente como legítimos e isso ocorre através da “naturalização”, ou seja, os comandos jurídicos são vistos como naturais (o que não põe em questão sua legitimidade) e aumentam a força histórica da autoridade que os emana<sup>75</sup>. A partir dessa legitimidade, o direito consagraria a ordem estabelecida ao proclamar uma visão específica (Bourdieu trata da visão do Estado), representando a forma por excelência de nomeação, pois se produz o mundo social “com a condição de se esquecer que se é produzido por este”<sup>76</sup>.

A fragilidade e efemeridade dos vínculos entre os membros da nova configuração social, como relembra Christie, fez com que os sujeitos deixassem de valorizá-los como antes e assim o viés reflexivo e compreensivo de outrora, em se tratando dos círculos tribais de resolução de conflitos, dão lugar ao viés prescritivo da norma. As sanções e respostas não se baseiam nas necessidades e anseios dos envolvidos em um problema, mas tão somente na previsão normativa emanada por uma autoridade socialmente reconhecida como tal.

Os novos gestores sociais correspondem às autoridades que necessitaram se afirmar como legítimas e úteis perante os destinatários de seu poder para preservar a

---

<sup>72</sup> A figura da autoridade é muito importante para a desestruturação do Modelo Comunitário de Justiça Dialógica, inclusive, durante o processo de colonização, os europeus atribuíam aos chefes de tribo o título de reis com o intuito de dominá-los ideologicamente, ou seja, de exportar predatoriamente para as coletividades tribais o modo de pensar do colonizador, fazendo a autoridade se tornar não mais um ônus, mas um meio de retenção de poder e obtenção de privilégios. Em: CLASTRES, Pierre. Op. cit., p. 230.

<sup>73</sup> BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. Rio de Janeiro: 16 ed., Bertrand Brasil, 2010, p. 236.

<sup>74</sup> Ibidem, p. 236.

<sup>75</sup> Ibidem, p. 237 e 239.

<sup>76</sup> Ibidem, p. 237.

própria posição. Um dos pilares dessa manutenção foi a mensagem de que era imperiosa a existência de administradores sociais, os quais, além de operacionalizarem e regulamentarem a forma de satisfação de necessidades do coletivo, administrariam verticalmente a resolução de conflitos inerentes ao convívio humano. Empoderados, os gestores sociais tomaram para si a titularidade dos conflitos entre indivíduos e, conseqüentemente, se apropriaram do poder de decisão e de normatização.

Alexandre Bizzoto, Augusto Jobim e Marcos Eberhardt, apontam que o modelo prescritivo de resposta de controvérsias, oriundo do sequestro da titularidade do conflito, se consolida com a formação das grandes monarquias medievais do século XII, emergindo uma justiça que vai se impor do alto e traz consigo a figura do procurador do soberano, o qual dublará a vítima e se apossará do conflito<sup>77</sup>.

Para Boaventura de Sousa Santos, em “*Puó il diritto essere emancipatòrio?*”, quando o Estado liberal tomou para si a monopolização do direito e da jurisdição, a tensão entre regulamentação social e a emancipação social se transformou em um objeto do ordenamento jurídico baseado na dicotomia emancipação legal ou ilegal<sup>78</sup>. Admitir tal fato é admitir que, com a organização da sociedade regida pela instituição estatal, nem todos os membros, pois são muitos, se sentem compreendidos pela ordem social promovida, o que, em sede tribal, tenderia a ser mais raro, uma vez que a conduta e necessidades de cada um possuem maior possibilidade de moldar diretamente a realidade.

A própria noção de comunidade passa a ser relativizada com a expansão dos agrupamentos humanos. Fernanda Roseblatt, em “Um olhar crítico sobre o papel da comunidade nos processos restaurativos”, refletiu sobre a possibilidade de se falar em “comunidade” em um contexto social no qual, segundo Hudson, as relações são marcadas por “alianças instáveis e temporárias”<sup>79</sup>. Assim, não se poderia presumir que as pessoas realmente se conheçam ou estejam comprometidas com causas alheias<sup>80</sup>.

Com o enfraquecimento do ideal comunitário como fundamento da forma de gestão conflitual, a manutenção do modelo de justiça standardizado e prescritivo deu-se,

---

<sup>77</sup> BIZZOTTO, Alexandre; JOBIM, Augusto; EBERHARDT, Marcos. **Sistema Acusatório:** (apenas) uma necessidade do processo penal constitucional. Em: DE AZEVEDO, Azevedo Ghringhellia; CARVALHO, Salo. **Crise do processo penal e as Novas Formas de Administração da Justiça Criminal**. Porto Alegre: Notadez, p.14-29, 2006, p. 15.

<sup>78</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa. *Puó il diritto...* Op. cit., p. 25.

<sup>79</sup> ROSEMBLATT, Fernanda. Um olhar crítico sobre o papel da comunidade nos processos restaurativos. **Sistema Penal & Violência - Revista Eletrônica da Faculdade de Direito da PUCRS**, Porto Alegre, Volume 6, Número 1, p. 43-61, janeiro-junho, 2014, p. 54.

<sup>80</sup> *Ibidem*, p.57.



como já abordado, através do direito (em nome da moral universal) e também do discurso. O discurso, por sua vez, democratizaria o que Mannheim chamou de “ideologia” (portando-a aos destinatários de poder)<sup>81</sup> e o que, décadas mais tarde, Giorgio Agamben chamaria de “dispositivo”<sup>82</sup>. Trata-se de um instrumental, vinculado à autoridade, dotado de maleabilidade, que pode ser alterado por quem o professa a depender das circunstâncias e que, por ser versátil, mascara objetivos inflexíveis, os quais norteariam as perspectivas sociais.

Peter Morton, ao desenvolver sua teoria institucional do direito, remete à organização dos agrupamentos humanos, antes articulados como comunidades, na forma de sociedades. Para o autor a sociedade corresponderia a uma forma organizacional que não prescinde do Estado, cujos vínculos de seus membros existiriam especialmente pelo fato destes coabitarem em um mesmo espaço territorial e estarem submetidos a uma mesma autoridade estatal (centralizada)<sup>83</sup>. Trata-se de uma organização artificial, cujo poder coercitivo, justificado por leis escritas, é requisito para o seu surgimento<sup>84</sup>.

Ao contrastar a comunidade com a sociedade, Morton aponta que esta não necessita de homogeneidade, sendo possível encontrar ampla diversidade entre os estilos de vida, os valores e os objetivos de seus membros, os quais podem ser considerados como indivíduos isolados uns dos outros<sup>85</sup>. Tal diversidade implicaria em constantes tensões internas, as quais seriam reguladas por regras sociais prescritivas aplicadas a todos, independentemente de suas diferenças<sup>86</sup>. Como as citadas regras pretendem ter caráter universal ante todos os habitantes do território no qual vigem, elas são escritas e, assim, parecem ter uma existência objetiva independente da mente humana, pois o texto gráfico pode ser materializado em um código, por exemplo<sup>87</sup>.

---

<sup>81</sup> Michael Löwy descreveu o conceito que Mannheim formulou de ideologia como o “conjunto de concepções, ideias, representações, teorias, que se orientam para a estabilização, ou legitimação, ou reprodução, da ordem estabelecida”. Em: LÖWY, Michael. **Ideologias e Ciência Social**: Elementos para uma análise marxista. São Paulo: 18ª edição, Cortez, 2008, p.12-13.

<sup>82</sup> O autor italiano tratou o dispositivo como uma combinação de recursos heterogêneos que podem ser linguísticos, não-linguísticos, materiais, ou virtuais, com função estratégica para responder a uma urgência, condicionando “o saber” e a perspectiva de seus alvos e, dessa forma, inscrita sempre em um contexto de dominação. Em: AGAMBEN, Giorgio. **O que é contemporâneo**. Chapecó: 2ª ed., Argos, 2010, p. 28-29.

<sup>83</sup> MORTON, Peter. Ob. Cit., p. 16-17.

<sup>84</sup> Ibidem, p. 16, 20.

<sup>85</sup> Ibidem, p. 17, 21, 31.

<sup>86</sup> Ibidem, p. 18.

<sup>87</sup> MORTON, Peter. Ob. Cit., p. 19.



A estabilidade das relações humanas, em face às tensões internas, depende do reforço do conteúdo legal pelo Estado em uma tentativa de promover a conformidade das condutas com as prescrições normativas, que espelham uma estrutura organizacional específica<sup>88</sup>.

Rememora-se um importante fator trazido por Nils Christie acerca do sequestro da titularidade do conflito: a profissionalização de seus resolutores, que acarretou em classes de especialistas aptos a gerir os conflitos que sofressem intervenção do plano institucional<sup>89</sup>. As consequências principais deste fenômeno refletem a cisão denunciada por Bourdieu entre experts do direito e os profanos (leigos), promovendo-se o afastamento simbólico de ambos e a infantilização destes, cuja capacidade postulatória, faticamente existente, resta suprimida pela lei.

O referencial do direito, que passa a ser a lei, é escrito com uma linguagem específica própria de seus operadores, dificultando sua compreensão pelos leigos e tornando-os dependentes dos profissionais. Ainda, apenas determinadas pessoas, que, no Brasil, se submetem a concursos cujo conteúdo selecionado já determina o perfil esperado dos julgadores, ocupam tal posição: a de dizer “a palavra autorizada”<sup>90</sup> que transformará a realidade dos envolvidos no conflito.

A lei, interpretada e operada por profissionais, oferece soluções aos embates humanos, contudo, a sua aplicação é adaptada à lente do intérprete autorizado, o qual pode ser convencido a fazê-lo de um jeito, ou de outro. Não se joga mais com a construção coletiva das respostas, hoje predomina o pelejar para convencer o intérprete da validade das próprias razões. A tratativa dos conflitos de relevância social deixa de ser uma tarefa cotidiana de todo cidadão e passa a ser delegada a terceiros formalmente qualificados para tanto.

Conforme a referida lógica, desenvolveu-se o processo e a jurisdição penal contemporâneos e os estudos de suas características e finalidades será realizado no capítulo seguinte.

---

<sup>88</sup> Ibidem, p. 19.

<sup>89</sup> CHRISTIE, Nils. . Op. cit., p. 3.

<sup>90</sup> BOURDIEU. Pierre. Op. cit., p. 236.

## **CAPITULO II - JURISDIÇÃO E PROCESSO PENAL: DO PAPEL DO JUDICIÁRIO CONTEMPORÂNEO ÀS CARACTERÍSTICAS DO PROCESSO PENAL**

### **2.1 O Poder Judiciário e a Pacificação Social: uma leitura a partir dos pressupostos constitucionais e das tendências de informalização da justiça**

Em “Poder Judiciário: Crise, Acertos e Desacertos” Zaffaroni ressaltou a pluralidade funcional do judiciário, dando especial atenção a sua dimensão política<sup>91</sup>. Havendo uma crescente demanda de protagonismo judicial na América-Latina<sup>92</sup> e sendo este poder estatal patrono de significativas inovações institucionais, como (no Brasil) o uso de práticas restaurativas, é importante lembrar que a jurisdição e a resolução de conflitos são atribuições manifestas do judiciário, mas não esgotam sua finalidade<sup>93</sup>.

Como função clássica a jurisdição deve impor a vontade concreta da lei<sup>94</sup>, verificando se a norma incide sobre o caso e determinando sua aplicação quando isso ocorrer. Ao fazê-lo, a jurisdição realizará tal ato de modo definitivo, pois seu ponto distintivo essencial é a possibilidade de consolidar a “coisa julgada”, acarretando em uma decisão que não será mais passível de discussão após seu trânsito em julgado<sup>95</sup>.

A tarefa jurisdicional, não obstante, deve ser realizada de modo imparcial, no sentido de que o juiz não poderá (des)favorecer uma parte em detrimento da outra. A decisão, entretanto, não será neutra, pois inexiste neutralidade ideológica. Assim, os magistrados, que integram o Estado, não podem evitar de serem partícipes de um processo decisório político<sup>96</sup>, ou ainda, de algum projeto político-social.

Nessa senda, cada sentença é um ato de governo que busca promover a paz social mediante a resolução judicial de casos<sup>97</sup>, tudo isso enquadrado dentro do papel político do Poder Judiciário, qual seja: garantir a máxima eficiência e eficácia das normas constitucionais.

---

<sup>91</sup> ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **Poder Judiciário: Crise, Acertos e Desacertos**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995, p. 35.

<sup>92</sup> Ibidem, p. 23.

<sup>93</sup> Ibidem, p. 35.

<sup>94</sup> MARQUES, José Frederico. **Manual de Direito Processual Civil: Volume 1**. Campinas (SP): 9ª ed., Millennium, 2003, p. 98.

<sup>95</sup> ZAFFARONI, Eugênio Raúl. Op. cit., p. 85.

<sup>96</sup> Ibidem, p. 92.

<sup>97</sup> Ibidem, p. 94.

O Poder Judiciário soluciona casos de forma vinculada, verticalizada e prescritiva. Assim o é, porque o juiz, enquanto operador técnico do direito, teria o *know how* para aplicar a norma adequada e, quando necessário, sopesar princípios.

Relembra-se que o modelo judicial brasileiro é o técnico burocrático, cujo o escopo é principalmente a busca pela unificação jurisprudencial em um viés técnico e hierárquico<sup>98</sup>. Consequentemente, o órgão que detém a última palavra acerca do conteúdo constitucional corresponde à instância judicial máxima: o Supremo Tribunal Federal. Intrigante, porém, é o fato de que o papel político promocional do judiciário possa pender para vieses diversos, uma vez que o intérprete superior da Constituição tem a faculdade de alterar seus posicionamentos. Assim, não é exagero afirmar que o judiciário define, ainda que em constante diálogo com as demais instituições, como a norma suprema deve ser lida e, consequentemente, de que modo ele mesmo deve aplicá-la.

Logicamente, a interpretação da Constituição não pode ser absolutamente engessada, a ponto da aplicação normativa destoar da dinamicidade da realidade material, nem tão mutável, a ponto de comprometer a segurança jurídica e o projeto social do constituinte. Eis, então a relevância do normativismo dialético, o qual remete à aplicação da regra a partir do seu diálogo com a realidade, contribuindo com a uma concepção culturalista do direito<sup>99</sup>, a qual é limitada pelas normas constitucionais.

Paradoxalmente, o poder do judiciário é delimitado pelo conteúdo legal, porém ele mesmo determina como as leis incidem sobre os casos concretos. Peter W. Hogg e Allison A. Bushell lembram que as constituições poucas vezes se referem diretamente ao conteúdo peculiar dos casos abordados judicialmente, o que fornece aos magistrados uma significativa margem discricionária ao interpretá-la, de modo que seu conteúdo pode se confundir com a palavra judicial<sup>100</sup>. Garapon, por sua vez, adenda que a lei seria um produto semiacabado que deve ser terminado pelo juiz, que mediante a interpretação, realiza a subsunção de seu conteúdo à realidade, adequando a norma às peculiaridades do contexto sociocultural no qual ela está sendo aplicada<sup>101</sup>.

---

<sup>98</sup> ZAFFARONI, Eugênio Raúl. Op. cit., p. 120, 125.

<sup>99</sup> COELHO, Luiz Fernando. Op. cit., p. 6

<sup>100</sup> HOGG, Peter W.; BUSHELL, Allison A.. **El diálogo de la Carta entre los tribunales y las Legislaturas** (o quizá la Carta de Derechos no sea algo tan malo después de todo). Em: GARGARELLA, Roberto. **Por una justicia dialógica**. Argentina: Siglo Veintiuno, 2014, p. 17-18.

<sup>101</sup> GARAPON, Antoine. **O juiz e a democracia: O guardião das promessas**. Rio de Janeiro, 2ª ed., Revan, 2001, p. 41.

Nessa senda, para gerar maior previsibilidade das determinações judiciais é que se caminha para a uniformização jurisprudencial. Ao inovar, portanto, o judiciário deve respeito ao passado, pois se atentar aos precedentes equivale a legitimar e harmonizar suas decisões<sup>102</sup>.

No Brasil inexistente regra formal específica que obrigue um tribunal inferior a sempre seguir a decisão das cortes superiores<sup>103</sup>. O que existe é a possibilidade de reforma das decisões pelas instâncias superiores, ou mesmo órgãos colegiados de mesma instância, implicando na tendência em se observar os precedentes<sup>104</sup>. Para William Pugliese, o respeito aos precedentes, ainda que tenha emergido no âmbito do *common law*, coaduna-se com a tradição sistêmica civilista brasileira, pois a igualdade é um direito fundamental e uma das facetas de sua concretização é a coerência e consistência na aplicação do direito pelo Poder Judiciário<sup>105</sup>.

Percebe-se que a tarefa de pacificação social judicial é complexa e vinculada ao ordenamento jurídico. Este, por sua vez, é interpretado pelos magistrados, que, ao analisarem as demandas, apresentam o Estado como órgãos jurisdicionais supra partes (além dos interesses destas) incumbentes de efetivação de tal ordenamento<sup>106</sup>.

Tem-se que as finalidades últimas das instituições estatais, como o judiciário, são discriminadas pela Constituição, a qual apregoa já em seu preâmbulo que o Estado Democrático deve assegurar a justiça como um dos “valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social”<sup>107</sup>.

Os mesmos ideais a serem alcançados são repetidos pelo art. 3º, inciso I, da Carta Constitucional, apontando-se a construção de uma sociedade livre, justa e solidária como um objetivo fundamental da República. No art. 4º, incisos VI e VII, respectivamente, a defesa da paz e a solução pacífica de conflitos são tomadas como

---

<sup>102</sup> PUGLIESE, William. **Precedentes e a Civil Law Brasileira**: interpretação e aplicação do novo Código de Processo Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p.41.

<sup>103</sup> Ibidem, p. 47 e 53. O próprio autor, entretanto, aponta dispositivos do Novo CPC que incitam a observância dos precedentes, vinculando, de certa forma, a atuação judicial em casos específicos como os previstos nos incisos do art. 332 e art. 927 e nas alíneas do inciso IV do art. 932.

<sup>104</sup> Ibidem, p. 53

<sup>105</sup> Ibidem, p. 47.

<sup>106</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **O papel do novo juiz no processo penal**. Hot Empório, 16 de abril de 2015.

<sup>107</sup> Importante lembrar que o Supremo Tribunal Federal definiu que o preâmbulo da Constituição, apesar de ser desprovido de força normativa, opera como norteador da hermenêutica constitucional e, consequentemente, das leis infraconstitucionais. Em: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão na Ação Direta de Inconstitucionalidade número 2.649/DF**. Relatora: Cármen Lúcia, julgamento em 8-5-2008, publicado no DJE de 17-10-2008, p. 4-5. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=555517>. Acesso 08 de set. de 2016.

fatores regentes das relações internacionais. Ainda, o art. 1º da Constituição, inciso II e III, respectivamente, dispõem que a cidadania e a dignidade da pessoa humana são como fundamentos da República. Estes últimos dois conceitos, se isolados dos demais artigos, soam deveras abstratos, todavia, considerando que o Brasil havia recém deixado um período ditatorial, é interessante notar que a Constituição de 1988 veio garantir a imperiosidade do protagonismo e a defesa dos interesses populares, salvaguardando a participação democrática e o controle das intervenções institucionais. Lembra-se ainda que a Constituição elencou o maior rol de direitos fundamentais já visto no mundo.

Como “sociedade solidária” se entende uma que foque na compreensão e satisfação das necessidades de seus componentes. Tal objetivo não pode ser desconsiderado pela instância judicial. Sendo a solidariedade norteadora da atuação estatal, ela é um vetor também da atividade judicial, especialmente no âmbito processual. Por exemplo, antes de decidir, o magistrado poderia buscar efetivar o ideal de solidariedade e desconstrução de preconceitos, acolhendo, em sede processual, decisões resultantes de práticas restaurativas.

Sobre o título IV, capítulo III da Constituição, que trata do Poder Judiciário, esse aborda a organização judiciária em termos estruturais e de competência, não aprofundando acerca dos macro-objetivos e fundamentos da atuação judicial em termos sócio-filosóficos. Tal questão pode ser extraída, como foi demonstrado, dos primeiros artigos da Constituição, cujo teor fornece os alicerces valorativos quanto ao que justifica a existência do Estado Democrático de Direito na República Federativa Brasileira.

Quanto à atuação jurisdicional e a concretização do sonho democrático, Antoine Garapon, em “O juiz e a democracia: o guardião de Promessas”, aborda a indissolúvel relação entre o magistrado e a necessidade de efetivação das normas constitucionais. Segundo o autor, os juízes estão sendo convocados a se manifestarem sobre um rol de setores da vida social cada dia mais extenso, pois a sociedade também busca nestes servidores o papel de conciliadores<sup>108</sup>.

Os juízes de família, ao decidirem acerca da guarda de filhos, por exemplo, definem um standard ideal de família a ser seguido pelos pais, ainda, ao tutelarem divórcios, podem decidir sobre aspectos fundamentais das relações entre cônjuges e destes com seus filhos<sup>109</sup>. Os juízes da infância, por sua vez, estipulam quais são as

---

<sup>108</sup> GARAPON, Antoine. Op. cit., p. 24.

<sup>109</sup> Ibidem, p. 150.

condições e métodos adequados para se educar<sup>110</sup>. Observa-se que a incidência do poder judicial vem se estendendo cada vez mais sobre aspectos da vida privada e de ordem moral, se profissionalizando e terceirizando o que, antigamente, seria resolvido individualmente<sup>111</sup>.

Ao dissertar sobre esse fenômeno de expansão do poder decisório judicial, Garapon relembra das funções primordiais do judiciário, ao descrevê-lo como o guardião e conservador da memória dos valores e normas fundantes da sociedade<sup>112</sup>. A dinamicidade da realidade, em um contexto de uma democracia desacreditada, na qual casos de grande relevância são submetidos ao judiciário, ampliam a relevância deste poder e, ainda, incorrem no fato da letra da lei não ser mais o único critério para a tomada de decisões<sup>113</sup>. Por um lado, tem-se então o zelo com as conquistas alcançadas e, por outro, a pacificação social vem requerendo uma atuação mais incisiva e mesmo inovadora da parte dos magistrados.

Ademais, as escolhas judiciais, ainda que legalmente vinculadas (e já se abordou o paradoxo de tal questão) têm o potencial para fornecer uma identidade social aos sujeitos, e não só isso, podem incidir sobre questões conceituais relativas à vida e a morte, ao definir, por exemplo, quando essa começa e quando esta ocorre<sup>114</sup>. Esse englobar judicial da vida, para Garapon, corresponderia a uma morte gradual da civilidade, a qual talvez explique a busca por respostas informais aos conflitos as quais visem reanimar a “socialidade moribunda”<sup>115</sup>.

Tem-se que a amplitude do acesso ao judiciário teve como consequência os fatos acima descritos, ocasionando uma dependência social cada vez maior da certificação judicial. Isso teria culminado em uma contrarreação referente à incorporação institucional de técnicas dialógicas de responder aos conflitos, seja pela incapacidade judicial de suprir à demanda, seja pela necessidade institucional de fomento da independência e maturidade coletiva acerca da resolução de controvérsias.

O autor francês então aponta que o judiciário possui uma função social integradora, especialmente em torno dos pressupostos constitucionais, e que sua intervenção visa restituir ao indivíduo a sua dignidade enquanto sujeito de direito,

---

<sup>110</sup> GARAPON, Antoine. Op. cit., p. 21.

<sup>111</sup> Ibidem, p. 151.

<sup>112</sup> Ibidem, p. 27.

<sup>113</sup> Ibidem, p. 40, 139.

<sup>114</sup> Ibidem, p. 152, 156.

<sup>115</sup> Ibidem, p. 152.

despertando neste a sua “vocação soberana”<sup>116</sup>. Sendo o conflito uma oportunidade de socialização, os novos espaços dialógicos de sua resolução encarnariam uma democracia descentralizada, adaptando, de modo mais preciso, o direito à realidade social<sup>117</sup>. A representatividade, assim, seria tão benéfica à justiça quanto à democracia, pois fornece maior legitimidade a essa e não se desvincula da Constituição quando é amparada pela análise judicial<sup>118</sup>. Por fim, Garapon, conclui que “é preciso despertar o sentimento cívico que o assistencialismo e o bem-estar providencial haviam feito adormecer”<sup>119</sup>.

Sobre a situação brasileira, a partir da década de noventa, o direito, com o gradativo engessamento da máquina judiciária, passou a assimilar abordagens diversas da proposta meramente prescritiva, inclusive na seara penal.

Não se irá ingressar, por hora, no mérito do que ocorreu na prática, porém a Lei 9.099 de 1995 previu em seu art. 72 a possibilidade de composição entre infrator e vítima no âmbito de casos cuja a soma da pena máxima, em abstrato, dos crimes não superasse 2 anos, inovação técnica relevante no Processo Penal Brasileiro correspondente à importação do Princípio da Oportunidade.

Depois de 1995 o consenso dos particulares em relação a pena foi potencializado pelo legislador<sup>120</sup>. O Novo Código de Trânsito possibilitou a aplicação do consenso disposto na Lei 9099/95, assim como a Lei dos Delitos ambientais (art. 27 e 28) o admitiu também sobre o processo, alargando o consenso de infração penal de menor potencial ofensivo<sup>121</sup>. O consenso, elemento antes estranho ao Processo e Direito Penal brasileiros, difundiu-se pelos campos jurídicos e se tornou incentivado pelas instituições.

Após a experiência de implementação dos juizados especiais criminais<sup>122</sup>, o judiciário continuou o movimento pela busca de técnicas que tornassem a prestação jurisdicional mais célere e dialógica. Antes mesmo da Lei 13.140 de 2015, a “Lei de

---

<sup>116</sup> GARAPON, Antoine. Op. cit., p. 201, 205.

<sup>117</sup> Ibidem, p 49 e 237.

<sup>118</sup> Ibidem, p. 263.

<sup>119</sup> Ibidem, p. 263.

<sup>120</sup> GIACOMOLLI, Nereu José. Op. cit., p. 309.

<sup>121</sup> Ibidem, p. 309.

<sup>122</sup> Diz-se fracassada pelo fato de tal *approach* ocasionar a amplificação de incidência do Direito Penal a condutas antes solucionadas informalmente. Em: GIAMBERARDINO, André Ribeiro. Op. cit., p. 199-200. Além do mais, a realização de acordos de transação penal, não requer a participação da vítima na formulação do acordo, mas sim a do MP e réu, ocasionando, não raro a transação por adesão, na qual o Promotor de justiça apresenta um modelo de transação padrão e verifica se os acusados têm interesse de consentir com este. A noção de empoderamento e responsabilização direta, portanto, não foi atingida.

Mediação”, em 2010, o CNJ já havia publicado a Resolução 125, a qual previa o “tratamento adequado de conflitos”<sup>123</sup> através da adoção da mediação e da conciliação, determinando a criação dos “Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania” (Cejusc).

Em 2016, baseando-se em experiências esparsas como as de Caxias do Sul (RS), Porto Alegre (RS), Ponta Grossa (PR), Brasília (GO) e São Caetano do Sul (SP), por exemplo, o CNJ publicou, antes da promulgação de qualquer lei específica sobre JR por parte do Congresso, a Resolução 225 de 31 de maio de 2016. Tal resolução dispõe especificamente sobre a operacionalização das práticas restaurativas no âmbito do judiciário, indicando os princípios a serem seguidos e como o judiciário irá atuar em face do trabalho dos facilitadores que mediam os conflitos.

O Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), por sua vez, publicou, em 2014, a Resolução 118, tratando da “Política Nacional de Incentivo à Autocomposição” no âmbito da instituição, havendo uma sessão específica sobre práticas restaurativas em tal normativa.

Somado ao movimento de informalização da justiça e da assimilação de práticas dialógicas e autocompositivas, existe uma pressão popular e institucional por uma prestação jurisdicional mais célere, a qual, em certa medida, também operou como propulsora do desenvolvimento das técnicas supracitadas. Nessa senda, a Meta Nacional nº1 do CNJ para o ano de 2017, incidente sobre todos os segmentos do judiciário, não por coincidência é “julgar mais processos do que os distribuídos”<sup>124</sup>. Há uma literal cobrança institucional dos juízes, compelidos a julgar mais em menos tempo, o que eleva o interesse destes na exploração dos novos e, supostamente, métodos mais céleres de resolução de casos.

De acordo com pesquisa intitulada “Justiça em Números 2016”, referente ao ano de 2015 e realizada pelo CNJ, o Judiciário Brasileiro findou o ano de 2015 com um estoque de aproximadamente 74 milhões de ações, sendo que, no mesmo ano, o total de

---

<sup>123</sup> BRASIL. **Resolução 125 de 29 de novembro de 2010**. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2010. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2579>. Acesso em 04 de abril de 2017.

<sup>124</sup> BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Metas Nacionais para 2017 Aprovadas no 10º Encontro Nacional do Poder Judiciário**. Brasília: 2017. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/02/a2f4fc314db2ec5f39bb0615aba58b6a.pdf>. Acesso em 13 de fev. de 2017.



processos em tramitação fora de 102 milhões, isso sem considerar aqueles sob a tutela do Supremo Tribunal Federal<sup>125</sup>.

A Justiça Estadual é responsável por aproximadamente 79,8% do acervo processual e, dos processos julgados por ela em 2015, 11% corresponderam a sentenças, ou decisões homologatórias de acordos provenientes de conciliação (menos da metade dos índices da Justiça do Trabalho)<sup>126</sup>. Tais dados indicam que o judiciário, apesar de serem recentes as citadas Resoluções e a Lei de Mediação, já está fazendo uso significativo de abordagens dialógicas<sup>127</sup>.

Juergen Habermas escreveu que os princípios de organização limitam a capacidade de uma sociedade aprender a fim de que sua identidade seja preservada<sup>128</sup>. Diante da natureza vetorial desses princípios, seu teor direcionará o desenvolvimento social para um rumo, ou outro, de modo que o aprendizado, em tese, colabora com tal finalidade diretiva. Nestes termos, o aprendizado direcional de Habermas cumpre o papel de conformar as inovações com as fronteiras sociais, sob pena de, não o fazendo, descaracterizar a sociedade.

Em relação ao englobamento, seja da JR enquanto paradigma, seja das práticas restaurativas como mediação e conciliação, é interessante, como já observado em capítulo anterior, que tais *approachs* dialógicos, na sua essência, não se coadunam com o escopo conformador judicial. Explica-se, tais abordagens visam conformar condutas com base em interesses, sentimentos e necessidades, enquanto o Poder Judiciário pretende conformar condutas com o conteúdo legal e isso, especialmente na esfera penal, não é negociável. Nessa senda, ao receber uma demanda cabe ao Poder Judiciário, respeitados os pressupostos e condições de admissibilidade da ação, promover um julgamento que ajuste a realidade às categorias objetivas previstas normativamente<sup>129</sup>.

Assim sendo, a apropriação institucional das práticas restaurativas, e sua regulamentação, permite controlar e limitar seus efeitos em conformidade com as fronteiras sistêmicas, delimitadas, ao menos em tese, pela Constituição e pelo ordenamento jurídico infraconstitucional. Enquanto espaço estatal de solução de controvérsias, o judiciário atraiu para si a condução das metodologias dialógicas e

---

<sup>125</sup> BRASIL. **Justiça em Números 2016**. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2016, p. 42 e 19.

<sup>126</sup> BRASIL. **Justiça em Números 2016**. Op. cit., p. 43, 45, 167.

<sup>127</sup> BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Metas Nacionais para ...** Op. cit.

<sup>128</sup> HABERMAS, Juergen. Op. cit., p. 19.

<sup>129</sup> BOURDIEU, Pierre. Op. cit., p. 238.

autocompositivas, podendo instrumentaliza-las para o cumprimento de suas próprias metas, desde a efetivação da celeridade na resposta para casos, até, e principalmente, no fomento de uma sociedade mais tolerante, dialógica e livre de preconceitos.

O judiciário é a referência social de pacificação, a ele a Constituição conferiu independência e vedou que os representantes da vontade popular impedissem a apreciação de lesões ou ameaças a direitos<sup>130</sup>. Na perspectiva constitucional parece imprescindível o monopólio da atribuição judicial de dizer o direito no caso concreto para se garantir a estabilidade da ordem jurídica<sup>131</sup>. Isso, a princípio, já vedaria a atuação dos particulares para debater qual a solução do seu caso, contudo, a *mediatio* não furta o papel da *jurisdictio*, uma vez que qualquer decisão proveniente dessa, para fins de verificação de conformidade legal, deve ser homologada pelo juiz competente. Existe então um híbrido na qual o processo de decisão é realizado no âmbito da *mediatio*, mas, para ser válido, deve ser fiscalizado pela jurisdição, a qual não perde sua palavra final.

As decisões judiciais, como ilustram as palavras de Jacques Derrida, não são (e segundo a lógica anteriormente descrita, nem deveriam ser) formuladas com a pretensão essencial de promover justiça, elas visam concretizar o programa pré-estabelecido na norma referência para o caso concreto<sup>132</sup>. Ao se admitir que os particulares dialoguem entre si em sede um processo, o Estado não deixa de fiscalizar o resultado final de tal debate e, muito menos, de efetivar o programa constitucional, porque a pacificação social atingida pelo diálogo, o qual incita a tolerância e a harmonia, vai de encontro com o conteúdo da Constituição.

Em “Conciliar, ou punir”, Rodrigo Ghiringhelli de Azevedo apontou que dentre as principais características dos Estados Constitucionais Modernos está o controle centralizado dos meios de coação<sup>133</sup>. Esse controle, entretanto, poderia ser posto em cheque através informalização da prestação jurisdicional pela recorrência a abordagens autocompositivas. Azevedo então afirma que tal informalização surge como uma função

---

<sup>130</sup> Art. 5º, inciso XXXV da Constituição da República: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Em: BRASIL. Congresso Nacional. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Distrito Federal: 1988.

<sup>131</sup> BOURDIEU, Pierre. Op. cit., p. 212, 225-226.

<sup>132</sup> DERRIDA, Jacques. **Força de Lei**: o fundamento místico da autoridade. São Paulo: Martinsfontes, 2010, p. 46-47.

<sup>133</sup> AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. **Conciliar ou Punir?** Dilemas do Controle Penal na Época Contemporânea. Em: CARVALHO, Saulo de; WUNDERLICH, Alexandre. **Diálogos sobre a justiça Dialogal**: Teses e Antíteses sobre os Processos de Informalização e Privatização da Justiça Penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 55-79, 2002, p. 55-56.

intrassistêmica, fruto da redução da demanda por controle social formal, e de um “ambiente simbólico” da consciência coletiva que limita a intervenção Estatal<sup>134</sup>. Contudo, é o próprio Judiciário que conduz, seleciona os aplicadores e determina o *modus operandi* das abordagens autocompositivas. O controle dos meios de solução de controvérsias, portanto, não deixou a esfera institucional.

Toda esta reflexão já é complexa quando se aborda os campos do direito nos quais vige o princípio da disponibilidade. Ainda que o judiciário deva sempre fiscalizar os acordos que os particulares celebrem no âmbito do espaço institucional, nada impede que as partes concordem em deixar o processo e fazer valer seu combinado realizado em uma sala de mediação de um fórum qualquer. Isso, no processo penal, entretanto, se torna muito mais difícil, diante, principalmente, da peculiaridade da Jurisdição Penal no que tange à indisponibilidade do processo, cuja titularidade não pertence às partes, mas ao Estado Juiz, o qual, necessariamente, deve fornecer uma resposta para um caso desprovido de lide (na ótica aqui adotada).

De acordo com o pensamento dominante, ao se verificar o descumprimento da norma penal e o preenchimento das condições da ação, em sede dos casos de ação penal pública incondicionada (a maioria), o MP estaria obrigado a propor a ação penal. É justamente sobre este âmbito do direito, o Direito Processual Penal, que se pretende tratar nesta pesquisa e, assim, faz-se crucial analisar suas peculiaridades e princípios.

## **2.2 Peculiaridades e escopos da jurisdição penal e do processo penal: reflexões iniciais**

Francesco Carnelutti, autor que tomava a lide (conflito de interesses regulado pelo direito) como conteúdo do processo penal, concebia a jurisdição como poder e função processual caracterizada pelo juízo (decisão) e pelo juiz (órgão de decisão)<sup>135</sup>. Na ótica do professor italiano, este poder se manifestava pela intervenção da jurisdição, após sua provocação pelo polo ativo legítimo da ação, cuja função primordial correspondia a compor a lide entre as partes conflitantes, oferecendo uma resposta que sanasse a controvérsia (fruto da pretensão resistida) e estivesse embasada na lei<sup>136</sup>.

---

<sup>134</sup> AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. Op. cit., p. 66.

<sup>135</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **A lide e o conteúdo do processo penal...** Op. cit., p. 28, 33.

<sup>136</sup> Ibidem, p. 31-32

A partir de seu conceito de lide, Carnelutti, na sua intenção de consolidar a Teoria Geral do Processo, formulou a noção de lide penal com as mesmas bases do processo civil, apresentando-a como um conflito de interesses entre autor do crime (cuja pretensão é continuar em liberdade) e vítima (representada pelo Estado, cuja pretensão é punir)<sup>137</sup>.

Diante da incoerência de um conflito de natureza privada no âmbito do processo penal, Calamandrei criticou o conceito de lide penal de Carnelutti apontando que o conflito de interesses em questão ocorre não entre os particulares, mas entre dois interesses públicos: a pretensão punitiva estatal de punição da conduta típica e a tutela da liberdade individual<sup>138</sup>. Isso é ressaltado pelo autor através da ressalva que independente da vítima possuir, ou não, interesse na punição do acusado, a intervenção judicial, na forma do processo penal, não cessaria, justamente porque se tratam de interesses públicos indisponíveis<sup>139</sup>.

A jurisdição penal corresponde à instância de controle da pretensão estatal de aplicação da pena, o que, diante da severidade de tal possibilidade, torna tal controle indefectível, indeclinável e necessário, independentemente da vontade de vítima, de quem lhe faça as vezes, ou do autor do crime<sup>140</sup>.

O Estado então não pode oferecer uma solução penal fora da jurisdição oficial<sup>141</sup>. Uma vez que as decisões penais têm potencial para cercear o direito à liberdade, bem jurídico indisponível, os casos penais devem ser submetidos a um juiz, o qual zelará pela observância da legalidade, preservando as garantias do réu e sentenciando em conformidade com o ordenamento, de modo que eventual condenação, ou absolvição sejam juridicamente legítimas.

Trata-se do Princípio da Jurisdição, cujo conteúdo dispõe, segundo Aury Lopes Jr., que a solução de casos de natureza penal será submetida ao Estado, o qual atuará através de um juiz imparcial, competente para o caso e comprometido com a máxima efetivação da Constituição (juiz natural)<sup>142</sup>. Supõe-se que a vinculação do rito processual e da atuação jurisdicional à lei, conjuntamente com a qualificação técnica do

---

<sup>137</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **A lide e o conteúdo do processo penal...** Op. cit., p. 49.

<sup>138</sup> BORGES, Clara Maria Roman. **Jurisdição e normalização: uma análise foucaultiana da jurisdição penal.** Curitiba: tese de doutorado apresentada ao Programa de Pós-Graduação da UFPR, UFPR, 2005, p. 24-25.

<sup>139</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **A lide e o conteúdo do processo penal...** Op. cit., p. 42-43.

<sup>140</sup> Ibidem, p. 41.

<sup>141</sup> GIACOMOLLI, Nereu José. Op. cit., p. 55.

<sup>142</sup> LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional:** Vol. I. Rio de Janeiro: 8ªed., Lumen Juris, 2011, p. 109.

magistrado, previamente testada através de concurso, tornam a condução e o resultado do processo legítimos (quanto à observação da legalidade) e previsíveis<sup>143</sup>.

O citado princípio vincula-se ao Princípio do Juiz natural, mandato de otimização o qual determina a observância das seguintes diretrizes: **i)** apenas órgãos jurisdicionais instituídos pela Constituição podem exercer jurisdição; **ii)** ninguém será processado e/ou julgado por órgão instituído após o fato submetido à jurisdição; **iii)** os juízes previamente constituídos possuem competência taxativa pré-determinada em lei, de modo que a identidade do magistrado que atuará no caso é sabida pelas partes antes da distribuição deste<sup>144 145</sup>; **iv)** o juiz goza de estabilidade e independência para evitar pressões, ou manipulações políticas de terceiros sobre seu trabalho<sup>146</sup>; **v)** o juiz não deve ser um sujeito submisso a interesse alheio que não seja a crua tutela de direitos em conformidade com o ordenamento, não se condicionando, portanto, à vontade popular momentânea<sup>147</sup>. Sob esta ótica, a legitimidade democrática do juiz deriva do caráter democrático da Constituição e das leis que este aplica.

Enquanto o traço distintivo do poder jurisdicional é o “condão de revestir suas decisões com a roupagem da coisa julgada”<sup>148</sup>, a jurisdição penal tem como peculiaridade essencial o poder de aplicação do direito penal através do acerto do caso penal<sup>149</sup>. O caso penal, tutelado pela jurisdição, implica na verificação da concretização, ou não, do tipo penal<sup>150</sup>, e, portanto, não se pode dizer que existe um interesse público, a priori, em punir. Tal interesse, como ressaltou Giulio Paoli, apenas surgiria quando verificada a efetiva ocorrência de um crime<sup>151</sup>, o que, por sua vez, não prescinde de uma sentença penal transitada em julgado e proferida por juiz competente.

---

<sup>143</sup> FISCHER DA SILVA, Mário Edson Passerino. Reflexões sobre a (In)Viabilidade da Adoção de um Modelo Restaurativo de Justiça no Âmbito do Processo Penal Brasileiro: Uma Análise a Partir da Ótica da Instrumentalidade Constitucional do Processo. **Revista Jurídica Luso Brasileira da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa**, Lisboa, n. 6, ano 2, fl. 1053-1090, 2016, p. 1069.

<sup>144</sup> Quando há correspondência entre as competências materiais, territoriais e as demais em relação a mais de um juiz para o mesmo caso, nos termos do art. 75 do CPP, “a precedência da distribuição fixará a competência”.

<sup>145</sup> LOPES JR., Aury. **Introdução Crítica ao Processo Penal**: fundamentos da instrumentalidade constitucional. Rio de Janeiro: 4ª ed., Lumen Juris, 2006, p. 74.

<sup>146</sup> Ibidem, p. 76-77.

<sup>147</sup> Ibidem, p. 77.

<sup>148</sup> MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal**: vol.I. Campinas: Bookseller, 1997, p. 173.

<sup>149</sup> GIAMBERARDINO, André Ribeiro. Op. cit., p. 214.

<sup>150</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **A lide e o conteúdo do Processo Penal...** Op. cit., p. 135.

<sup>151</sup> PAOLI, Giulio. **La nozione di lite nel processo penale**. Rivista di Diritto Processuale Civile, Padova, Cedam, 1930, p. 67.

Paoli foi além do que apontou Calamandrei, dispondo que Estado, atuante através do MP, não teria interesse na restrição da liberdade do imputado, mas na de um culpado, da mesma forma que teria interesse na absolvição de um inocente<sup>152</sup>. Quando, por exemplo, no curso da instrução, o promotor percebe que não houve crime, o interesse do Estado Acusador teoricamente se confunde com o do acusado, inexistindo pretensão resistida.

A jurisdição penal, como a cível, atua através do processo, o qual é instrumento de efetivação de sua função, mas o objeto do processo penal é a tutela da lei penal<sup>153</sup>, tendo como objetivo a verificação da sua incidência no caso concreto. Frederico Marques conclui que o objeto da jurisdição e do processo penal é a causa penal, cuja definição se resume à “situação específica regulada pelo Direito Penal”<sup>154</sup>.

Nas palavras de Frederico Marques, partidário da Teoria Geral do Processo, o Direito Processual Penal é um ramo autônomo em relação ao direito material, sendo que o processo penal regula a atuação da jurisdição penal<sup>155</sup>.

O direito estatal de punir (*jus puniendi*) configura-se também como um dever<sup>156</sup> e é indelegável, pois somente assim, em tese, o Estado teria o controle de que ele não será exercido fora dos limites legais. É indisponível, uma vez que, verificada as condições de punibilidade da conduta e a observância de um processo penal em conformidade com lei, não cabe ao Estado a escolha de punir, resta-lhe fazê-lo.

A sanção penal é um monopólio estatal, pois o Direito Penal tem uma função pública, achando-se fora do âmbito da repressão privada<sup>157</sup>, sendo esta, inclusive, penalmente punível<sup>158</sup>, quando o agente não se encontrar em circunstâncias específicas (estado de legítima defesa, necessidade, inexigibilidade de outra conduta, etc.). A norma sancionadora penal deve ser concretizada necessariamente apenas pelo juiz<sup>159</sup>, no qual se repousa a fé de que aplicará a lei com maestria e, ainda assim, estará sujeito a outros graus de jurisdição.

---

<sup>152</sup> BORGES, Clara Maria Roman. Op. cit., p. 27-28.

<sup>153</sup> MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal...** Op. cit., p. 68.

<sup>154</sup> Ibidem, p. 183.

<sup>155</sup> Ibidem, p. 30.

<sup>156</sup> Ibidem, p. 24.

<sup>157</sup> Ibidem, p. 22.

<sup>158</sup> Código Penal Brasileiro: “ art. 345 Fazer justiça pelas próprias mãos, para satisfazer pretensão, embora legítima, salvo quando a lei o permite ”. Em: BRASIL. Congresso Nacional.

<sup>159</sup> TIEDEMANN, Klaus. **Panorama Geral**. Em: ROXIN, Claus; ARZT, GUNTHER; TIEDEMANN, Klaus. **Introdução ao Direito Penal e ao Direito Processual Penal**. Belo Horizonte: Del Rey, p. 145-165, 2007, p. 147.

Lopes Jr. relembra que a única forma de medir a eficiência do processo penal é através do respeito às garantias processuais, de modo que as soluções para os casos penais só poderiam ser encontradas na seara do imperfeito sistema processual penal brasileiro<sup>160</sup>. Hélio Tornaghi vai além e afirma que a lei processual corresponde ao prolongamento e à efetivação do capítulo constitucional sobre os direitos e as garantias individuais, cuja preservação depende da observância da forma processual prescrita em lei<sup>161</sup>.

Este último comentário remete ao que Carnelutti designava de “tipicidade dos atos processuais”<sup>162</sup>. O ato resulta de uma divisão e o procedimento de uma multiplicação, sendo que o processo é uma sucessão encadeada de atos (regida pelo contraditório) e o procedimento é a sua coordenação, como ressalva Tourinho Filho<sup>163</sup>.

Esclarecidos estes conceitos, a tipicidade do ato processual remete ao fato de que este deve ser efetuado conforme a lei, a qual o regulará intrínseca e extrinsecamente determinando seu modelo na pretensão de que ele seja idôneo a atingir seu fim<sup>164</sup>. Caso o ato seja realizado em desconformidade com a lei ele será atípico e, consequentemente, nulo/inexistente/irregular<sup>165</sup>.

A tipicidade remete à legalidade do ato, porém vai mais além, pois determina que um ato processual, para ser realizado, não pode apenas estar de acordo com a lei, mas expressamente prevista nele. No processo penal, como já observado e continuará a ter relevância durante os demais capítulos, a referência legal é fundamental para que os destinatários da norma possuam segurança que não serão vítimas de arbitrariedades durante a sua condução. A tipicidade traz consigo a previsibilidade e a legitimidade do ato.

A legalidade porta a legitimidade da tipicidade, justamente pelo fato da regra em questão ter sido formulada pelos representantes eleitos do povo, e a previsibilidade, pois a prescrição do exercício do ato jaz positivada para que todos os cidadãos possam

---

<sup>160</sup> LOPES JR., Aury **Justiça Negociada: Utilitarismo Processual e Eficiência Antiguarantista**. Em: CARVALHO, Saulo de; WUNDERLICH, Alexandre. **Diálogos sobre a justiça Dialogal: Teses e Antíteses sobre os Processos de Informalização e Privatização da Justiça Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, fls.. 99-128, 2002, p. 100, 114

<sup>161</sup> TORNAGHI, Hélio. **Compêndio de Processo Penal Tomo I**. Rio de Janeiro: José Konfino Editor, 1967, p. 15.

<sup>162</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal 3º Volume**. São Paulo: 9ª ed., Saraiva, 1986, p. 102.

<sup>163</sup> Ibidem, p. 70-71, 102.

<sup>164</sup> Ibidem, p. 102.

<sup>165</sup> Ibidem, p. 102.



conhecê-la. A garantia deste reconhecimento do destinatário da norma implica na observância de outros dois perfis da legalidade: a taxatividade (*tassatività*) e a determinação (*determinatezza*)<sup>166</sup>.

A taxatividade e determinação são orientações ao legislador penal, ou processual penal acerca da necessidade de redação da regra com o uso de conceitos precisos, determinados, que deixem pouca margem para o arbítrio do julgador no momento em que a observância da norma se faz necessária<sup>167</sup>. Apesar do processo penal ser o único meio legítimo de efetivação do direito penal, o legislador infraconstitucional admitiu o uso da analogia e da interpretação extensiva em relação à norma processual pelo juiz (art. 3 do CPP), embora, em virtude da reserva lei, faceta da legalidade, o produtor da norma processual seja o legislador.

A reserva de lei, tão vinculado ao direito penal, se aplica às regras processuais penais, as quais, de acordo com o inciso I do art. 22 da Constituição da República, só podem ser formuladas pelo legislador federal.

Observa-se, no entanto, que ao contrário do que ocorre com o direito material no que tange à retroatividade da lei penal mais benéfica, os atos processuais são regidos pela lei em vigor no momento de sua realização, independentemente da consequência que isso traga ao réu (*tempus regis actum*), conforme o art. 2º do CPP.

Carnelutti apresenta como pressupostos existenciais do ato processual: **i)** a capacidade de quem o realizou, **ii)** a legitimidade para realiza-lo e **iii)** a idoneidade de seu objeto (que deve ser lícito)<sup>168</sup>. Como elementos do ato há a causa (que o justifica) e a forma de autuação (que lhe confere o modelo)<sup>169</sup>. Por fim, o autor italiano dispõe sobre a necessidade de observância das circunstâncias em que tal ato deve ser realizado (tempo, lugar...), as quais determinarão sua configuração como tal e sua pertinência<sup>170</sup>.

Um ato processual desprovido de pressupostos é um ato inexistente, pois para ser válido, deve ser praticado em conformidade com o paradigma legal, não o sendo, torna-se atípico e, quando a atipicidade sofre a sanção de ineficácia, o ato é nulo<sup>171</sup>.

---

<sup>166</sup> CADOPPI, Alberto; DONINI, FORNASARI, Gabriele; GAMBERINI, Alessandro; INSOLERA, Gaetano; MANES, Vittorio; MAZZACUVA, Nicola; Massimo; PAVARINI, RAMPONI, Luca; ROSONI, Isabella; Massimo; ZANOTI, Marco. **Introduzione al sistema penale**: Volume I. Torino: Giappichelli, 2ª ed. 2006, p. 120.

<sup>167</sup> PAVARINI, Massimo. **Corso di Istituzioni di diritto penale**. Bologna: University Press, 2014, p. 221-223.

<sup>168</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Op. cit., p. 103.

<sup>169</sup> Ibidem, p. 103.

<sup>170</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Op. cit., p. 103.

<sup>171</sup> Ibidem, p. 104, 115.



Importante ressaltar, nos termos do §1º do art. 573 do CPP, que “a nulidade de um ato, uma vez declarada, causará a dos atos que dele diretamente dependam ou sejam consequência”, isso remete à noção de ineficácia contagiosa, tratada por Tourinho Filho, cujo a existência faz-se crucial para evitar que o processo seja viciado por atos que estejam em desconformidade com as exigências legais<sup>172</sup>.

Por todas essas razões, Frederico Marques observa que o método do processo penal é o técnico jurídico, o qual pressupõe maior segurança e previsibilidade na condução do processo<sup>173</sup> e vincula sua forma à lei, restringindo o princípio da instrumentalidade das formas de modo muito mais severo do que ocorre no processo civil.

Para Jorge Figueiredo Dias, ao direito processual penal cabe a regulamentação jurídica dos modos de realização prática do poder punitivo através da investigação e da valoração judicial do crime indiciado<sup>174</sup>. A descoberta da verdade, fruto de tal investigação, entretanto, é a uma finalidade mediata do processo<sup>175</sup>, sendo seu escopo essencial a legitimação da concretização, ou não concretização, do direito penal material de acordo com o acerto das circunstâncias fáticas ao conteúdo da norma penal<sup>176</sup>.

A garantia processual contra a arbitrariedade na condução do caso reside na forma previamente normatizada dos atos processuais, o que justifica o temor de processualistas, como Aury Lopes Jr., com relação à introdução de abordagens que, em nome da eficiência, ou do empoderamento da vítima, intentem informalizar o processo penal. O autor, em escritos pretéritos, expôs seu receio quanto a maior participação da vítima no processo penal, temendo a contaminação deste pelo sentimento de vingança dessa, o que seria inadmissível em um sistema que deve ser controlado por parâmetros precisos e racionais<sup>177</sup>.

Mais além, Ricardo Jacobsen Gloeckner analisa o processo em um contexto da sociedade de risco e de pressão pela minimização deste. O autor alerta que o direito penal do risco tende ao direito penal do inimigo, uma vez que o risco porta consigo a ideia de aceleração em prol de sua contenção e a velocidade implica em um direcionamento pela eficácia, culminando na relativização de garantias para

---

<sup>172</sup> Ibidem, p. 115.

<sup>173</sup> MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal...** Op. cit., p. 31.

<sup>174</sup> DIAS, Jorge Figueiredo. **Direito Penal: Parte Geral Tomo I.** São Paulo: 1ª ed. brasileira, 2ª ed. portuguesa, Editora Revista dos Tribunais, Coimbra Editora, 2007, p. 7.

<sup>175</sup> TIEDEMANN, Klaus. Op. cit., p. 147.

<sup>176</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **A lide e o conteúdo do Processo Penal...** Op. cit., p. 32.

<sup>177</sup> LOPES JR., Aury. **Justiça Negociada...** Op. cit., p. 101, 112.

salvaguardar a segurança em face de eventual cometimento de novos crimes pelo suspeito<sup>178</sup>.

Em relação ao que foi apontado no tópico anterior, essas ressalvas são oportunas, pois a pressão institucional pela resolução veloz de casos não pode prescindir da observância das garantias processuais baseadas na forma. Essa condição, evidentemente, freou a adoção generalizada das abordagens autocompositivas e/ou dialógicas pelo processo penal. Não poderia ser diferente, afinal, apesar da difusão das técnicas de mediação no âmbito cível e trabalhista, o direito processual penal é um ramo que pode incidir diretamente sobre o *status* de liberdade do sujeito, de modo que recepcionar perspectivas que permitam ao cidadão influenciar uma decisão penal é algo que merece drástica reflexão e reconstrução cultural quanto à concepção de justiça e da racionalidade humana (vingativa, passional, etc.).

Enquanto o direito penal opera como uma contenção à violência estatal, o processo penal é o filtro para a concretização desse, o que ressalta a necessidade de cautela na *práxis* penal e da existência de tantos referenciais normativos para legitimar a incidência da sanção criminal.

Enfim, o processo penal é um ritual de verificação e prescrição constitutiva, cuja natureza investigativa almeja a averiguação da ocorrência de um crime e o escopo prescritivo remete à observância da lei processual penal, que implica na constituição de uma relação jurídica das partes entre si e com o Estado, e a aplicação, ou não da lei penal, tendo como consequência a imputação ao réu do *status* de condenado, ou inocente.

Feitas essas considerações, a compreensão da lógica processual penal, para fins de se verificar sua compatibilidade com a JR, será refinada com base na reflexão quanto a alguns princípios reitores comumente postos como óbices à introdução das práticas restaurativas no âmbito deste tipo de processo.

### **2.3 Dos princípios do processo penal tipicamente apresentados como óbices à adoção de práticas restaurativas:**

---

<sup>178</sup> GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Risco e Processo Penal:** uma análise a partir dos direitos fundamentais do acusado. Salvador: Editora JusPodivm, 2009, p. 17-19.

Este subcapítulo visa oferecer um panorama sobre o conteúdo fundamental e razão de ser de determinados princípios do processo penal que se mostram, *a priori*, óbices à adoção de práticas restaurativas em sede pré-processual, ou do procedimento penal comum ordinário.

No que tange ao Princípio da Legalidade, a primeira observação é a inexistência de lei que regule especificamente os momentos processuais viáveis de aplicação das práticas restaurativas em casos penais fora da competência dos Juizados Criminais, ou ainda, como seria a condução de tais práticas se inexistisse referencial legal para tanto.

Sobre o Princípio da Jurisdição, o maior receio se refere à conferência de voz aos envolvidos no conflito e à crença de que os particulares tenham clarividência e civilidade para o diálogo quando um deles certamente foi alvo de danos materiais e psicológicos de relevância, ao menos abstrata, significativa. Os mais céticos talvez até a associem as práticas restaurativas em sede do direito penal como uma porta de entrada para a vingança privada. Ao permitir que vítima e ofensor, ainda que através do trabalho de facilitadores, possam fazer parte da resolução de casos penais, o medo da revitimização, da simulação de sentimentos e da manipulação da abordagem, naturalmente confidencial, fazem eclodir perguntas como: seria a jurisdição deixada de lado?

Mais além, acerca da realização de práticas restaurativas antes do acerto do caso penal, Giamberardino afirma que os maiores dilemas dizem respeito à jurisdição, que é indefectível, ao Princípio da Obrigatoriedade e à manutenção da ampla defesa (contraditório)<sup>179</sup>. Pode-se ainda levantar o questionamento sobre o fato da própria abordagem restaurativa, realizada pré-processualmente, ser inócua, visto que o promotor, preenchidas as condições genéricas de admissibilidade da ação, deverá propor a denúncia diante do Princípio da Obrigatoriedade da Ação Penal. Sob essa ótica, toda a rede de laços fortalecida durante as práticas restaurativas, seria novamente abalada pela eventual aplicação de uma pena, o que provavelmente comprometeria o trabalho feito anteriormente. Por essa razão, e pelos argumentos levantados no Capítulo IV quanto à justa causa, o Princípio da Obrigatoriedade receberá especial atenção no presente capítulo.

Sobre um processo penal já em curso, um acordo restaurativo entre os envolvidos diretamente no conflito que originou o caso, em viés ideal pragmático,

---

<sup>179</sup> Giamberardino, André Ribeiro. Op. cit., p. 211.

acarretaria na extinção do feito diante do atingimento da paz social, porém quando isso é confrontado com o Princípio da Indisponibilidade do Processo Penal, a primeira ideia soa ilegal.

Quanto a um réu, ou qualquer pessoa em vias de se tornar um, que deseja, voluntariamente, dialogar com o ofendido, estaria ele confessando, ainda que tacitamente, a autoria do delito? Ora, não se dialoga, ou não se retrata, para com alguém o qual não se lesou, assim sendo, este é um problema que deve ser enfrentado pelos restaurativistas quando confrontados acerca da compatibilidade, ou possibilidade de coexistência entre o Processo Penal Brasileiro e a JR.

Acerca de tais dúvidas e problematizações, estas serão respondidas e aprofundadas no Capítulo IV desta Tese de Conclusão de Curso, o qual só poderá cumprir com seus objetivos se, primeiramente, forem analisados, ainda que basilarmente, cada um dos Princípios que, *a priori*, inviabilizam a realização de práticas restaurativas em sede pré-processual, ou durante a tramitação do feito.

Levando em consideração que os teores e escopos dos Princípios da Jurisdição, do Juiz Natural e da Legalidade (em seus termos clássicos) já restaram abordados anteriormente, será dissertado acerca dos Princípios: **i)** da Obrigatoriedade da ação penal, também tratado como “Legalidade”, o que será explicado em seguida, **ii)** do Contraditório, **iii)** da Presunção de Inocência e **iv)** da Indisponibilidade do Processo Penal.

### *2.3.1 Considerações críticas sobre os fundamentos do Princípio da Obrigatoriedade da Ação Penal<sup>180</sup>:*

A Obrigatoriedade da Ação é apresentada como uma consequência do princípio da legalidade, como o fazem, por exemplo, os autores Aury Lopes Jr.<sup>181</sup>, Jacinto Nelson

---

<sup>180</sup> Parte deste subcapítulo tomou como referência o conteúdo do capítulo “Polêmicas sobre o Princípio da Obrigatoriedade da Ação Penal” integrante do artigo Reflexões sobre a (In)Viabilidade da Adoção de um Modelo Restaurativo de Justiça no Âmbito do Processo Penal Brasileiro: Uma Análise a Partir da Ótica da Instrumentalidade Constitucional do Processo”, contudo, foram realizadas correções no que tange à precisão conceitual sobre a interpretação de alguns autores e adequou-se ao conteúdo à vertente que toma como necessária a formulação de uma teoria do processo específica para o processo penal. Em: FISCHER DA SILVA, Mário Edson Passerino. **Reflexões sobre a (in)viabilidade...** Op. cit., p. 1074-1080.

<sup>181</sup> LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional...** Op. cit., p. 266-267.

de Miranda Coutinho<sup>182</sup> e Nereu José Giacomolli<sup>183</sup>. Isso ocorre, pois, embora a Obrigatoriedade da Ação Penal não seja expressamente prevista no nosso ordenamento, ao contrário do ordenamento italiano<sup>184</sup>, o preenchimento por si só das condições da ação penal implica na propositura desta, especialmente pelo fato da lei penal estipular uma punição para aquele que a violar. Outra terminologia aplicável a tal princípio seria o de Indisponibilidade do Direito de Promover a Ação Penal, no sentido de que, uma vez preenchidos os requisitos para a propositura da ação penal, o MP não pode dispor deste direito/dever, devendo exercê-lo a fim de fazer cumprir o que está disposto na lei.

A sanção penal só pode ser atingida através do devido processo legal, que só existirá com o exercício do direito de ação penal pelo Estado (a partir do MP). Nessa senda, o ordenamento dispõe de critérios que amarram o Estado ao dever de propor a ação, não submetendo-o a sua discricionariedade, ou, mais especificamente, a um juízo de oportunidade<sup>185</sup>.

Citando Tourinho filho, Jacinto Nelson de Miranda Coutinho explica que o direito material da ação penal pertence ao Estado como um todo, mas o exercício, ou não, deste, é uma atribuição específica, regida por lei, do MP, de modo que tal instituição, ainda que estatal, não pode dispor discricionariamente do exercício dessa faculdade<sup>186</sup>.

Giacomolli defende que interesse público que rege o processo determina sua atuação em conformidade com a legalidade. Desse princípio, segundo o autor, deriva a obrigatoriedade de investigar, acusar, defender, condenar e executar a condenação num processo conduzido pelo juiz, processo sujeito integralmente às previsões normativas<sup>187</sup>.

Frederico Marques pondera que, mesmo sem previsão legal expressa, o Princípio da Obrigatoriedade é deduzido sistematicamente do ordenamento, sendo extraído do fato que o MP não pode arquivar a ação diretamente, sem anuência do juiz, do Princípio

---

<sup>182</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos Princípios Gerais do Processo Penal Brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná**, Curitiba, a.30, n° 30, p. 163-198, 1998, p. 183-186.

<sup>183</sup> GIACOMOLLI, Nereu José. Op. cit., p. 49-56.

<sup>184</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos Princípios Gerais do Processo Penal Brasileiro... Op. cit., p. 183.

<sup>185</sup> GIACOMOLLI, Nereu José. Op. cit., p. 49, 64.

<sup>186</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos Princípios Gerais... Op. cit., p. 183.

<sup>187</sup> GIACOMOLLI, Nereu José. Op. cit., p. 49.

da Indisponibilidade do Processo (art. 42 do CPP) e do recurso previsto no art. 28 do CPP<sup>188 189</sup>.

Sobre o art. 28 do CPP, Frederico Marques ressalta que, ao fazer uso do termo “razões invocadas”, a norma não impediu o promotor de justificar o arquivamento do inquérito com base em motivos de oportunidade, afinal não se esclareceu quais seriam essas razões<sup>190</sup>.

Sobre o Princípio da Oportunidade, contraponto da obrigatoriedade, este permite a flexibilidade da persecução penal, deixando à discricionariedade do MP a propositura, ou não, da ação em virtude de autorização legal sobre o uso de critérios de conveniência<sup>191</sup>. Por essa razão, Giacomolli<sup>192</sup> e Jacinto Nelson de Miranda Coutinho<sup>193</sup> tomam a legalidade como oposta à oportunidade.

A legalidade funda-se na proteção de bens jurídicos e na segurança jurídica, de forma que o Princípio da Obrigatoriedade pretende zelar pelo tratamento igualitário dos cidadãos, concretizando a isonomia, barrando a arbitrariedade das acusações<sup>194</sup> e permitindo que, no momento em que as agências repressoras tenham conhecimento de crimes, todos os suspeitos terão, em tese, que responder a uma ação penal.

A oportunidade absoluta é um traço dos Estados autoritários, o que permite ao aparato repressor selecionar, com amparo legal, quais suspeitos serão submetidos ao processo penal, tornando a consequência jurídica penal incerta<sup>195</sup>. Esse tipo de oportunidade desrespeita a isonomia, torna a aplicação da justiça desigual e favorece a influência política e econômica de terceiros sobre a atuação do MP<sup>196</sup>.

Mais além, Nereu Giacomolli ressalva que a oportunidade pura torna a confissão a prova máxima para aferição de culpa e, em uma fase pré-processual dessa natureza, as negociações entre acusação e réu não respeitariam o princípio da publicidade e do

---

<sup>188</sup> “Art. 28. Se o órgão do MP, ao invés de apresentar a denúncia, requerer o arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer peças de informação, o juiz, no caso de considerar improcedentes as razões invocadas, **fará remessa do inquérito ou peças de informação ao procurador-geral, e este oferecerá a denúncia, designará outro órgão do MP para oferecê-la, ou insistirá no pedido de arquivamento, ao qual só então estará o juiz obrigado a atender**”. Em: BRASIL. Congresso Nacional. **Lei nº 3.689, de Outubro de 1941**. Distrito Federal: 1941.

<sup>189</sup> MARQUES, Frederico. **Elementos...** Op. cit., p. 310-311.

<sup>190</sup> MARQUES, Frederico. **Elementos...** Op. cit., p. 312.

<sup>191</sup> GIACOMOLLI, Nereu José. Op. cit., p. 49, 64.

<sup>192</sup> Ibidem, p. 64, 302.

<sup>193</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos Princípios Gerais... Op. cit., p.184.

<sup>194</sup> GIACOMOLLI, Nereu José. Op. cit., p. 51, 56.

<sup>195</sup> Ibidem, p. 115-116.

<sup>196</sup> GIACOMOLLI, Nereu José. Op. cit., p. 107-109.

contraditório<sup>197</sup>. O autor relembra que durante a época do nazismo o princípio da legalidade foi extremamente mitigado, enquanto o da oportunidade ampliou-se, tornando a acusação uma chantagem discricionária<sup>198</sup>.

Coutinho observa que o Princípio da Oportunidade é utilizado preponderantemente em países cujo sistema jurídico é o de *common law*, enquanto a obrigatoriedade vigora, como regra, em sistemas de *civil law*<sup>199</sup>. Em ambos os casos, não se trata nem de uma oportunidade, ou obrigatoriedade pura, uma vez que tais princípios são adaptados à realidade de cada país<sup>200</sup>.

O sistema de *common law* dos Estados Unidos possui a peculiaridade de adoção do *plea bargaining*, uma forma de negociação entre promotor e réu a qual, segundo Giacomolli, não conhece limites<sup>201</sup>. No *plea bargaining* o acusador pode alterar a qualificação jurídica dos fatos devido, por exemplo, ao reconhecimento da culpabilidade do suspeito por um tipo criminal menos grave, configurando o *charge bargaining* (acusação barganhada)<sup>202</sup>. Interessante notar que nesse mesmo país os *prosecutioners* (promotores) são eleitos pela população, possuindo propostas de trabalho (planos) que lhes garantirão, mais, ou menos, votos e, conseqüentemente, embasarão sua atuação institucional e a severidade das negociações em relação a suspeitos de crimes de determinados tipos.

A fiscalização dos motivos da negociação, portanto, não é norteadas por critérios objetivos, o que inviabiliza o controle sobre as razões para a celebração de acordos e não impede a ocorrência de arbitrariedades, ou pressões em face do réu<sup>203</sup>. Existe o risco, portanto, de que inclusive inocentes celebrem acordos diante do receio da condenação por crimes mais graves, o que é possível em virtude de técnicas como a *overcharging* (acusações excessivas), usadas para intimidar o suspeito e forçar um acordo<sup>204</sup>.

Há ainda países nos quais se estabeleceram critérios para a atuação do MP regida baseada no Princípio da Oportunidade, definindo-se em quais casos podem ocorrer juízos de conveniência e limitando tal atuação de acordo com o conteúdo legal, como

---

<sup>197</sup> Ibidem, p. 116-118.

<sup>198</sup> Ibidem, p. 32, 57.

<sup>199</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos Princípios Gerais... Op. cit., p. 184.

<sup>200</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos Princípios Gerais... Op. cit., p. 184.

<sup>201</sup> GIACOMOLLI, Nereu José. Op. cit., p. 41.

<sup>202</sup> Ibidem, p. 41.

<sup>203</sup> Ibidem, p. 42-43.

<sup>204</sup> GIACOMOLLI, Nereu José. Op. cit., p. 42-43.



ocorre na Noruega e nos Países Baixos<sup>205</sup>. O Código Penal Norueguês, por exemplo, em seu art. 85, adotou o princípio da oportunidade em relação aos casos nos quais não existe interesse público para punir, em especial quando se transcorreu muito tempo da prática do crime e existam atenuantes a serem aplicadas (que não justifiquem a persecução criminal no caso concreto)<sup>206</sup>.

A doutrina entende que no Brasil vigora como regra o Princípio da Obrigatoriedade, vinculando-se o MP, no que tange à propositura da ação penal pública incondicionada, ao dever de acusar. Para Antônio Acir Breda as condições da ação são requisitos legais para o exercício de qualquer ação penal, como **i)** a legitimidade, **ii)** a verificação de um fato penalmente relevante e **iii)** a punibilidade concreta deste<sup>207</sup>.

O autor divide essas condições em genéricas, quando aplicadas a qualquer tipo de crime e ação penal (pública, ou privada), e específicas, quando relativas às condições de procedibilidade, referentes às ações públicas condicionadas à representação da vítima (ou dos legitimados no art. 31 do CPP, caso esta tenha falecido)<sup>208</sup>. Embora Breda tenha feito tais observações quando vigorava o atualmente revogado art. 43 do CPP, elas são de grande valia para a compreensão das condições da ação no âmbito do CPP, especialmente pela classificação anteriormente apontada.

Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, baseado nas conclusões de Breda e de Fernando N. Bittencourt Fowler, trazendo a “tipicidade aparente” como categoria refinada do que o último autor definiu como “aparência de delito”<sup>209</sup>. A tipicidade aparente, não opera como uma decisão antecipada de mérito, pois não haveria sentido o MP propor uma ação sem tomar como possível a ocorrência de um crime no caso concreto<sup>210</sup>, visto que, nas palavras de Jacinto Coutinho, a ação é um direito instrumental conexo ao caso concreto<sup>211</sup>. O reconhecimento da tipicidade aparente, portanto, é um juízo de aparência não definitivo, de modo que não é afetado o juízo de mérito em torno da tipicidade<sup>212</sup>.

---

<sup>205</sup> Ibidem, p. 70-71.

<sup>206</sup> MARQUES, Frederico. **Elementos...** Op. cit., p. 309.

<sup>207</sup> BREDa, Antônio Acir. Efeitos da Declaração de Nulidade no Processo Penal. **Revista do MP do Paraná**, Curitiba, ano 9, n° 9, p. 171 -189, 1980, p. 177.

<sup>208</sup> Ibidem, p. 177, 179.

<sup>209</sup> NUNES DA SILVEIRA, Marco Aurélio. **As condições da ação no direito processual penal: sobre a inadequação das condições da ação processual civil ao juízo de admissibilidade da acusação**. Florianópolis: Empório do Direito, 2016, p. 173, 179.

<sup>210</sup> NUNES DA SILVEIRA, Marco Aurélio. Op. cit., p. 180.

<sup>211</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **A Lide e o Conteúdo...** Op. cit., p. 150.

<sup>212</sup> EM: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **A Lide e o Conteúdo...** Op. cit., p. 149-151; NUNES DA SILVEIRA, Marco Aurélio. Op. cit., p. 180.



Marco Aurélio Nunes da Silveira aponta que as condições genéricas de admissibilidade da ação penal atualmente estariam previstas no art. 395, II, do CPP<sup>213</sup>, combinadas com o art. 18<sup>214</sup> e parte do art. 397<sup>215</sup>, de modo que a imputação feita ao réu teria alicerce em três dimensões: **i)** fática (existência de um acontecimento juridicamente relevante), **ii)** jurídica (este fato aparentemente se configurar como um crime), **iii)** probatória (o órgão acusador gozaria de material, colhido na fase de inquérito, que comprovasse as dimensões anteriores)<sup>216</sup>.

Especificamente, quanto às referidas condições, o autor citado as divide em: **i)** tipicidade aparente (a qual já foi abordada), **ii)** punibilidade concreta, **iii)** legitimidade da parte, **iv)** justa causa, ou lastro probatório mínimo<sup>217</sup>.

A punibilidade concreta é oriunda da combinação entre o conteúdo do art. 395, II, com o do art. 397, IV do CPP e remete à ausência de causas de extinção de punibilidade no caso concreto<sup>218</sup>. Tais causas estão previstas no art. 107 do Código Penal e em leis especiais, “como o pagamento anteriormente ao recebimento da denúncia” no crime de sonegação fiscal (art. 34, da Lei 9.249/95)<sup>219</sup>.

A legitimidade, no caso do processo penal, decorre de lei e se refere somente ao sujeito ativo da ação (MP, na ação penal pública, e vítima, ou sujeitos indicados no art. 31 do CPP caso esta tenha falecido, na ação penal privada), pois a legitimidade passiva é um problema de mérito e os indícios de autoria do crime se vinculam ao lastro probatório mínimo, mas não à condição de legitimidade<sup>220</sup>. Nessa senda, João Pedro Gebran Neto afirma que a questão da legitimidade, quando se tratando das condições

---

<sup>213</sup> “Art. 395. A denúncia ou queixa será rejeitada quando: (...) II - faltar pressuposto processual ou condição para o exercício da ação penal”. Em: BRASIL. Congresso Nacional. **Lei nº 3.689, de Outubro de 1941**. Distrito Federal: 1941.

<sup>214</sup> “Art. 18. Depois de ordenado o arquivamento do inquérito pela autoridade judiciária, por falta de base para a denúncia, a autoridade policial poderá proceder a novas pesquisas, se de outras provas tiver notícia”. Em: BRASIL. Congresso Nacional. **Lei nº 3.689, de Outubro de 1941**. Distrito Federal: 1941.

<sup>215</sup> “Art. 397. Após o cumprimento do disposto no art. 396-A, e parágrafos, deste Código, o juiz deverá absolver sumariamente o acusado quando verificar: (...) **III - que o fato narrado evidentemente não constitui crime**”. Em: BRASIL. Congresso Nacional. **Lei nº 3.689, de Outubro de 1941**. Distrito Federal: 1941. Observa-se que tal inciso dialoga com a noção de “tipicidade aparente”, o vocábulo “evidentemente”, como apontou Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, remete à noção de que o juiz somente absolverá sumariamente se o fato descrito na denúncia nem ao menos parecer uma conduta típica, logo uma das condições essenciais para a propositura da ação, na ótica do autor é a tipicidade aparente. Em: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **A Lide e o Conteúdo...** Op. cit., p. 149-151.

<sup>216</sup> NUNES DA SILVEIRA, Marco Aurélio. Op., cit., p. 178.

<sup>217</sup> Ibidem, p. 209.

<sup>218</sup> Ibidem, p. 190.

<sup>219</sup> Ibidem, p. 190.

<sup>220</sup> NUNES DA SILVEIRA, Marco Aurélio. Op., cit., p. 192-193.

genéricas de admissibilidade da ação penal, só encontram relevância em face da dicotomia entre ação penal pública e privada<sup>221</sup>.

A justa causa, embora conceitualmente não destrinchada na letra da lei, é majoritariamente associada pela doutrina, em virtude dos ensinamentos de Antônio Acir Breda, com o lastro probatório mínimo que permita auferir a ocorrência dos fatos e os indícios de autoria<sup>222</sup> em face do crime que fora investigado<sup>223</sup>. O art. 395, III, do CPP trata expressamente da justa causa como um “critério para o juízo negativo de admissibilidade” da denúncia, e o art. 18 inclusive admite o arquivamento do inquérito policial diante da falta de base para a propositura desta<sup>224</sup>.

Nunes da Silveira pondera, no entanto, que há vozes destoantes do pensamento de Breda sobre o conceito de justa causa. Maria Thereza Rocha de Assis Moura indica que a justa causa não representa uma condição de ação autônoma, mas sim a soma da presença de todas as demais<sup>225</sup>. Ainda, Juarez Cirino dos Santos afirma que a justa causa é uma categoria desnecessária, pois seus elementos já estariam englobados pela tipicidade aparente<sup>226</sup>.

Nunes da Silveira, contudo, defende a definição de Breda ao tratar da tipicidade aparente como conceito o qual aborda o caso penal em uma perspectiva jurídico-valorativa (adequação fática disposta na denúncia ao disposto no tipo penal) e a justa causa como fator situado no âmbito probatório (restrito ao material que indique, ou tenha potencial de comprovar o fato de relevância penal e a autoria de quem o perpetrar)<sup>227</sup>.

José Frederico Marques oferece uma definição mais genérica, apontando a justa causa como “conjunto de elementos e circunstâncias que tornem viável a pretensão punitiva” (o que pode ser evidenciado contextualmente pelo conteúdo do art. 648, I do CPP<sup>228</sup>).

Enfim, essas seriam as condições genéricas de admissibilidade da ação penal, as quais, se verificadas no caso concreto, segundo a doutrina majoritária, obrigariam o MP

---

<sup>221</sup> GEBRAN NETO, João Pedro. **Inquérito Policial**: Arquivamento e Princípio da Obrigatoriedade. Curitiba: Juruá, 1996, p. 50.

<sup>222</sup> BREDa, Antônio Acir. Op. Cit., p. 178.

<sup>223</sup> NUNES DA SILVEIRA, Marco Aurélio. Op., cit., p. 193.

<sup>224</sup> Ibidem, p. 193.

<sup>225</sup> Ibidem, p. 195; MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. **A justa causa para a Ação Penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

<sup>226</sup> NUNES DA SILVEIRA, Marco Aurélio. Op., cit., p. 196; CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal**: parte geral. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 662.

<sup>227</sup> NUNES DA SILVEIRA, Marco Aurélio. Op., cit., p. 196.

<sup>228</sup> Ibidem, p. 79.

a propor a denúncia perante o juízo competente. Feito esse parêntese necessário, a título de esclarecimentos conceituais, retornar-se-á à reflexão quanto ao Princípio da Obrigatoriedade e outras polêmicas referentes às categorias anteriormente expostas, em especial, a “justa causa”.

João Pedro Gebran Neto, em “Inquérito Policial: Arquivamento e Princípio da Obrigatoriedade”, afirmou que vigora no Brasil o Princípio da Obrigatoriedade Relativa. Ele legitimou tal tese através das possibilidades legais de composição entre infrator e vítima, de acordo com a lei 9.099 de 1995 (art.72) e com a interpretação de Frederico Marques acerca do art. 28 do CPP<sup>229-230</sup>.

Sobre a expressão “razões invocadas”, Gebran Neto aprofunda a interpretação de Marques, refletindo que o referido artigo permitiria ao juiz recorrer a mandamentos de equidade no contexto de aplicação da regra, a fim de que o judiciário atendesse às “exigências do bem comum” e aos “fins sociais da norma”, conforme o art. 5º da lei de introdução ao CC<sup>231</sup>.

Sobre a justa causa, o autor afirmou que ela confere ao MP certa discricionariedade (legitimada pelo termo “razões invocadas”), uma vez que seus membros fariam uma análise, primeiramente, técnica e, posteriormente, valorativa (baseada em perspectivas subjetivas) em relação aos fatos e justificativas para a propositura, ou não, da ação<sup>232</sup>. Na segunda possibilidade, a manutenção da decisão do promotor depende da homologação do magistrado, quando não, de acolhimento pelo Procurador-Geral, nos termos do próprio art. 28 do CPP.

Havendo discordância entre o juiz e o promotor sobre o arquivamento, portanto, este poderia arquivar o processo se seu superior (Procurador-Geral) concordasse com as razões invocadas na requisição de arquivamento<sup>233</sup>. A fiscalização, na ótica de Gebran Neto, evitaria que pressões externas comprometessem a atuação idônea do MP e do judiciário<sup>234</sup>.

---

<sup>229</sup> “Art. 28. Se o órgão do MP, ao invés de apresentar a denúncia, requerer o arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer peças de informação, o juiz, no caso de considerar improcedentes as **razões invocadas**, fará remessa do inquérito ou peças de informação ao procurador-geral, e este oferecerá a denúncia, designará outro órgão do MP para oferecê-la, ou insistirá no pedido de arquivamento, ao qual só então estará o juiz obrigado a atender”. Em: BRASIL. Congresso Nacional. **Lei nº 3.689, de Outubro de 1941**. Distrito Federal: 1941.

<sup>230</sup> GEBRAN NETO, João Pedro. Op. cit., p. 38.

<sup>231</sup> GEBRAN NETO, João Pedro. Op. cit., p. 38-39.

<sup>232</sup> Ibidem, p. 56-57.

<sup>233</sup> Ibidem, p. 39.

<sup>234</sup> Ibidem, p. 39

Coutinho, no entanto, problematiza a crença que se tem na vinculação que a obrigatoriedade pretende promover entre as instituições e a aplicação da lei penal. Assim o faz, pois a decisão final acerca do arquivamento do inquérito é encargo do Procurador-Geral, que exerce cargo de confiança do governador, excluindo-se o Conselho Superior do MP da equação e inviabilizando seu controle sobre tal decisão<sup>235</sup>. Ainda, pondera que nada impediria o juiz e o promotor de, através de atuação conjunta, manipularem o arquivamento do inquérito<sup>236</sup>. Tais reflexões se mostram cruciais para a desconstrução da noção de infalibilidade do princípio em pauta.

Ainda recorrendo à perspectiva de Frederico Marques, Gebran Neto apontou que “a consciência comum elevou certos valores à categoria de bens jurídicos”, mas quando os malefícios da ação penal forem superiores aos da ofensa, tem-se que essa é antissocial e, portanto, desatende aos interesses da Justiça Penal<sup>237</sup>.

Essa conclusão é amparada pelas ideias de Coutinho, para quem a obrigatoriedade deve ser relativizada, pois em um processo penal democrático é necessário o se atender ao interesse público<sup>238</sup>. Contudo, este conceito, como justificativa por si só, seria deveras vago. O autor então visa delimitá-lo recorrendo aos ensinamentos de Jorge Figueiredo Dias, no sentido de que, em casos cuja persecução penal cause mais dano à comunidade jurídica do que vantagem, ou cuja dificuldade da produção de provas inviabilize uma condenação, ou, ainda, quando há pequena probabilidade de execução da condenação, não seria de interesse público a propositura da ação penal<sup>239</sup>.

Coutinho aponta que a propositura da ação é uma faculdade e não de uma discricionariedade, de forma que a requisição do arquivamento deve ser conectada ao fim expresso que a justificou<sup>240</sup>, o que permitiria o controle dos critérios utilizados. Essa solução, apesar de razoável, não resolve o problema da manipulação, levantado pelo próprio doutrinador, e porta consigo cálculos de probabilidade dependentes da subjetividade e da experiência prática de cada promotor.

Raquel Tiveron se afastou do professor paranaense ao negar a necessidade de observação do Princípio da Obrigatoriedade em razão da própria obediência à

---

<sup>235</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos Princípios Gerais... Op. cit., p. 184-185

<sup>236</sup> Ibidem, p. 185.

<sup>237</sup> GEBRAN NETO, João Pedro. Op. cit., p. 55.

<sup>238</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos Princípios Gerais... Op. cit., p. 185.

<sup>239</sup> Ibidem, p. 185.

<sup>240</sup> Ibidem, p. 185.

legalidade<sup>241</sup>. O art. 24 do CPP determina que “nos crimes de ação pública, esta será promovida por denúncia do MP (...)”, a autora então conclui que dessa previsão apenas se estabeleceu a competência exclusiva do MP quanto à propositura da referida ação, porém não que esse estaria obrigado a propô-la<sup>242</sup>.

Tiveron extrai o conteúdo do Princípio da Obrigatoriedade dos arts. 42 e 576 do CPP, os quais, respectivamente, determinam que o MP não poderá desistir da ação que propôs ou dos recursos que interpôs<sup>243</sup>.

A lógica ora construída caminha no sentido de que a existência de regra expressa que vincule a instituição a não desistir da ação proposta, só pode culminar na obrigação da propositura das ações penais através de interpretação extensiva da norma, o que, em maior, ou menor grau, atentaria contra a segurança jurídica em um primeiro momento. Lembra-se, no entanto, que o art. 3º do CPP admite a interpretação extensiva.

Tiveron observou que, de acordo com o art. 385 do CPP o promotor não é obrigado a requerer a condenação nas ações que ajuíza, pois, se fosse, tornar-se-ia um promotor de acusação (característico dos países anglo saxônicos)<sup>244</sup> e não um fiscal da lei, como é em nosso sistema de *civil law*. Assim, para a autora, não faria sentido também obrigar o MP a propor ações penais, ou mesmo a recorrer<sup>245</sup>. Com a devida vênia, discorda-se da autora quanto à obrigatoriedade ter por consequência o dever de propositura indistinta de ações penais, pois, como já demonstrado, essa obrigação só existe quando as condições genéricas de admissibilidade da ação restem preenchidas.

Diante do exposto, Tiveron adentrou que os dispositivos usados para embasar o Princípio da Obrigatoriedade, visam apenas viabilizar a fiscalização do cumprimento da lei e fortalecer a independência e a incorruptibilidade do MP, vinculando-o a um “dever de verdade”<sup>246</sup>.

A negação do princípio, por parte da autora, desafia a doutrina majoritária mediante uma interpretação literal do art. 24 do CPP. Em uma tentativa de zelar pela segurança jurídica, no que concerne à leitura do Código, Tiveron pretendeu deslegitimar o princípio em questão, sem, no entanto, impedir a realização do controle pelo juiz e pelo Procurador-Geral acerca das razões invocadas para o arquivamento do inquérito.

---

<sup>241</sup> TIVERON, Raquel. **Justiça Restaurativa e Emergência da Cidadania na Dicção do Direito: A construção de um novo paradigma de justiça criminal**. Brasília: Thesaurus Jurídica, 2014, p. 389.

<sup>242</sup> Ibidem, p. 389-390.

<sup>243</sup> Ibidem, p. 391.

<sup>244</sup> TIVERON, Raquel. Op. cit., p. 391.

<sup>245</sup> Ibidem, p. 391.

<sup>246</sup> Ibidem, p.392-393.

De um lado, a visão de Tiveron parece aumentar o poder discricionário do promotor, de outro, na prática, não inviabiliza os demais controles que, de fato, garantiam a observância do Princípio da Obrigatoriedade. Assim sendo, tem-se como maior consequência da perspectiva da doutrinadora a ampliação da autonomia do promotor, o que, nesse aspecto, tornaria irrelevante o fato da titularidade do direito ação ser do Estado, visto que o MP, em um primeiro momento, poderia optar por não exercitá-lo, ainda que presentes as condições da ação.

André Ribeiro Giamberardino ponderou que é cada vez mais evidente a necessidade de releitura do Princípio da Obrigatoriedade em face das aberturas legais como as constantes no art. 28 do CPP, que admite as manipulações já apontadas por Coutinho<sup>247</sup>. Giamberardino propõe a ressignificação do Princípio da Oportunidade como uma garantia do cidadão, na medida em que esse visa não submeter o sujeito ao poder punitivo, mas sim evitar a persecução penal quando favoráveis as circunstâncias do caso concreto neste sentido<sup>248</sup>. Dessa forma, a oportunidade não agrediria a igualdade formal e serviria como ferramenta que considera a dimensão material do processo penal (relativa, por exemplo, aos danos colaterais causados pelo processo, como estigmatização, revitimização, etc.)<sup>249</sup>.

Ainda, faz-se oportuno tecer breve comentário acerca da Resolução 181, de 07 de agosto de 2017 publicada pelo CNMP, a qual institui o “Procedimento Investigatório Criminal”. Tal procedimento, de acordo com o art. 1º da Resolução 181, pretende operar como “instrumento desburocratizado de natureza administrativa e inquisitorial”, sendo “instaurado e presidido por membro do MP com atribuição criminal” visando a apuração de crimes penais de ação penal pública e operando como preparo e embasamento para o juízo de propositura, ou não, de tal ação<sup>250</sup>.

O que chama mais a atenção quanto à Resolução, no entanto, é o art. 18, que prevê a possibilidade de proposição pelo MP do “acordo de não-persecução penal” para: **i)** crimes cometidos sem violência, ou grave ameaça; **ii)** não sujeitos à transação penal, ou às hipóteses do art. 76, §2º, da Lei 9.099 de 1995; **iii)** cujo dano não supere a quantia de 20 salário mínimos; e **iv)** cujo aguardo para o cumprimento do acordo não implique na prescrição da pretensão punitiva.

---

<sup>247</sup> GIAMBERARDINO, André Ribeiro. Op. cit., p. 218.

<sup>248</sup> Ibidem, p. 219.

<sup>249</sup> GIAMBERARDINO, André Ribeiro. Op. cit., p. 219.

<sup>250</sup> BRASIL. **Resolução 181 de 07 de agosto de 2017**. Brasília: Conselho Nacional do Ministério Público 2017.

O acordo consistiria na confissão formal e detalhada sobre a autoria e prática do delito, com a indicação de provas acerca de seu cometimento e o cumprimento, cumulativo, ou não, das seguintes condições: **i)** reparação do dano, ou restituição da coisa à vítima; **ii)** renúncia voluntária a bens e direitos para geração dos efeitos práticos da condenação, nos termos dos arts. 91 e 92 do Código Penal; **iii)** comunicação ao MP sobre mudança de endereço, e-mail, ou telefone; **iv)** prestação de serviços comunitários pelo período equivalente à pena mínima do delito, diminuído de um a dois terços, **v)** pagar prestação pecuniária a entidades, indicadas pelo MP, cujo escopo seja a proteção de bens jurídicos iguais, ou semelhantes ao lesado pela ofensa; **vi)** cumprir outra condição estipulada pelo MP, desde que proporcional e compatível com a infração penal aparentemente praticada”<sup>251</sup>.

Descumprido o acordo, o MP oferecerá a denúncia com base na confissão e provas apontadas pelo sujeito, podendo utilizar o não-cumprimento para deixar de oferecer a suspensão condicional do processo. Em havendo cumprimento, a investigação será arquivada e o pronunciamento pelo arquivamento vinculará a instituição.

Segundo Aury Lopes Jr. e Alexandre Moraes da Rosa, a resolução em questão foi formulada no “contexto do giro paradigmático proporcionado pela operação lava-jato”, o qual terá incutido no processo penal mecanismos de negociação e consenso<sup>252</sup>.

Rodrigo Leite Ferreira Cabral, proponente da resolução em pauta, lembrou que o Supremo Tribunal Federal, em sede de decisão da “ADC 12 MC”, reconheceu que as resoluções do CNJ ostentariam “caráter normativo primário”, o que também valeria para as resoluções do CNMP, analogamente<sup>253</sup>. O autor aponta que a Resolução busca efetivar os princípios constitucionais da eficiência (art. 37, caput, da Constituição) da proporcionalidade (art. 5º, LVI), da celeridade (art. 5º, LXXVIII), e o princípio acusatório (art. 129, I, VI e VI)<sup>254</sup>. Seguindo a lógica de Ferreira Cabral, portanto, o acordo de não-persecução oportunizaria ao sujeito a chance de evitar o processo e

---

<sup>251</sup> Art. 18, VI. Em: BRASIL. **Resolução 181 de 07 de agosto de 2017**. Op. cit.

<sup>252</sup> LOPES JR, Aury; MORAES DA ROSA, Alexandre. **Saldão penal e a popularização da lógica da colaboração premiada pelo CNMP**. CONJUR, 22 de setembro de 2017. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2017-set-22/limite-penal-saldao-penal-popularizacao-logica-colaboracao-premiada-cnmp>. Acesso: 02 de out. de 2017.

<sup>253</sup> CABRAL, Rodrigo Ferreira Leite. **O acordo de não-persecução penal criado pela nova Resolução do CNMP**. CONJUR, 18 de setembro de 2017. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2017-set-18/rodrigo-cabral-acordo-nao-persecucao-penal-criado-cnmp>. Acesso: 02 de outubro de 2017.

<sup>254</sup> CABRAL, Rodrigo Ferreira Leite. Op. cit.



eventual aplicação de pena que pouco contribuiria com a pacificação social, em virtude, principalmente, da natureza dos crimes abarcados pelo acordo.

O relator da Resolução observa também que esta seria regida pela “oportunidade regradada” diante da necessidade das condições que o MP deve observar antes de propor o acordo<sup>255</sup>. Nesses termos, o regramento da oportunidade e a possibilidade de controle judicial posterior seriam os grandes diferenciais, segundo o autor, entre a proposta do MP e o *plea bargaining* norte americano<sup>256</sup>.

Por fim, é fundamental o adendo de Aury Lopes Jr. com relação à adoção de práticas consensuais e negociais no âmbito do processo penal. O autor, em conjunto com Alexandre Morais da Rosa, reconhece que a corrente que admite a recepção de tais práticas é, por hora, insuperável, de modo que, diante desse quadro, caberia aos juristas e legisladores a construção de garantias mínimas sobre o conteúdo do objeto penal da nova perspectiva, para se evitar a ma-fé (supressão de garantias) e a manipulação de acordos<sup>257</sup>.

### 2.3.2 Fundamentos e finalidades do Princípio do Contraditório:

Elencado como direito fundamental individual pelo art. 5º, LV, da Constituição, o contraditório, como apontou Coutinho, implica no direito das partes de exporem suas razões, requererem a produção de provas e tomarem ciência dos atos e termos processuais buscando a efetiva igualdade de oportunidades no processo<sup>258</sup>.

Tal princípio, contextualizado no âmbito de um processo penal de partes, de matriz evidentemente acusatória, é expressão do Princípio da Isonomia e do Devido Processo Legal (art. 5º, LIV, da Constituição)<sup>259</sup>. Nessa linha, Frederico Marques expõe o contraditório como princípio inseparável da administração de uma justiça bem organizada, ressaltando, no entanto, que se trata de direito efetivado somente através dos atos da própria parte, configurando-se também, portanto, como uma faculdade, de modo tal que a revelia não pode ser considerada violação do contraditório<sup>260</sup>.

---

<sup>255</sup> CABRAL, Rodrigo Ferreira Leite. Op. cit.

<sup>256</sup> CABRAL, Rodrigo Ferreira Leite. Op. cit.

<sup>257</sup> LOPES JR, Aury; MORAES DA ROSA, Alexandre. Op. cit.

<sup>258</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos Princípios Gerais... Op. cit., p. 187.

<sup>259</sup> Ibidem, p. 187, 189.

<sup>260</sup> MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal...** Op. cit., p. 89, 345.



De acordo com a teoria do italiano Elio Fazzalari, o processo judicial corresponde a um procedimento regido pelo contraditório<sup>261</sup>, tornando o processo espécie do gênero procedimento. O Princípio do Contraditório, de tal modo, não seria apenas marca distintiva do processo, mas constitutiva, de forma que sua ausência descaracterizaria o rito como tal e o reestruturaria meramente como procedimento. Trata-se de um fator essencial para que se trate de um processo jurisdicional, afinal, este garantiria a oportunidade de informação (*informazione*) e reação da parte (*reazione*)<sup>262</sup>.

A concepção do processo como conjunto de atos preordenados desenvolvidos sob a égide do contraditório e da tutela de um juiz imparcial até uma decisão final (sentença), foi fundamental para a democratização do processo penal<sup>263</sup>.

Em um processo penal acusatório, opção feita pelo constituinte em sede do art. 129 da Constituição (ainda que o CPP seja de matriz eminentemente inquisitória), o ônus da prova é encargo da acusação e o direito de defesa é faculdade a ser exercida pelo imputado<sup>264</sup>. Nas palavras de Ferrajoli, o contraditório se apresenta como instrumento de controle do método da prova, situado em uma epistemologia da falsificação, base de tal metodologia, que exige um processo de cunho investigativo baseado no conflito regulado e ritualizado pela tutela da presunção de inocência<sup>265</sup>.

A existência desse princípio pressupõe uma relação entre cada parte e o juiz imparcial, que deve confrontar o arguido por essas com as provas apresentadas<sup>266</sup>. As acusações, consequentemente, para que se possibilite um controle e refutação por parte do acusado, “devem consistir em asserções empíricas” potencialmente falseáveis e referentes, taxativa e materialmente, à concretização do tipo penal<sup>267</sup>.

Em síntese, o contraditório tem como facetas o direito à informação (conhecimento), à paridade de armas (igualdade entre as partes quanto aos meios para promover o convencimento do juiz) e à igualdade de oportunidades<sup>268</sup>. Quanto à paridade de armas, esta remete também ao fato do acusado ter direito a um defensor que

---

<sup>261</sup> DA SILVEIRA FILHO, Sylvio. **Introdução ao Direito Processual Penal**. Florianópolis: 2ª ed., Empório do Direito, 2015, p. 120.

<sup>262</sup> LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. Op. cit., p. 54.

<sup>263</sup> Ibidem, p. 52.

<sup>264</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. São Paulo: 3ª ed., Revista dos Tribunais, 2002, p. 490.

<sup>265</sup> FERRAJOLI, Luigi. Op. cit., p. 490.

<sup>266</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Introdução aos Princípios Gerais...** Op. cit., p. 187.

<sup>267</sup> FERRAJOLI, Luigi. Op. cit., 490.

<sup>268</sup> LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. Op. cit., p. 53.

zele por durante a tramitação do processo, defensor o qual será responsável por pelejar juridicamente com o MP quando este não requerer a absolvição do réu<sup>269</sup>.

Nessa senda, observa-se que o contexto de operacionalização do contraditório é diverso daquele no qual se desenvolvem as práticas restaurativas. Ocorre que o temor que existe em relação à supressão da oportunidade de resposta do suposto ofensor, quando é confrontado com a perspectiva dos demais participantes na abordagem restaurativa, parece não se tratar de um problema relativo à seara do contraditório.

Enquanto a racionalidade que rege a construção da resposta oferecida pelas práticas restaurativas é de base coletiva, cooperativa e construtivista, sendo que todos os presentes possuiriam poder de veto quanto às decisões tomadas, no processo penal a racionalidade é de supressão adversarial do ponto de vista alheio tendo como enfoque o convencimento de um terceiro portador de todo o poder decisório (juiz). Ainda, a interação entre os polos opostos, em sede processual, se dá sempre por intermédio do juiz, enquanto na abordagem restaurativa, superada as etapas iniciais de reflexão e as perguntas norteadoras, o diálogo tende a se tornar direto.

Assim, as pessoas envolvidas em uma abordagem restaurativa, em tese, construiriam, através do diálogo horizontal, uma verdade que funcionaria como uma resposta ao caso. As únicas pessoas que precisariam se convencer de que a solução é aceitável são os participantes, os quais não são obrigados a aceitar nada.

Eventuais desequilíbrios e pressões devem ser compensados, ou desconstruídos pela intervenção dos facilitadores presentes, os quais precisam distribuir igualmente as chances de fala. Ademais, o teor de eventual acordo celebrado entre os participantes pode sofrer a análise de advogados, bem como deve ser submetido à análise de um juiz e de um promotor para ter o condão de promover efeitos jurídicos, de forma direta, sobre o processo penal. Isso minimizaria as chances de eventuais desequilíbrios não sanados durante a fase de construção de acordo. Essas questões serão complementadas por análises realizadas no Capítulo IV.

Por fim, tem-se também que o contraditório não se configura como um direito absoluto, principalmente em virtude da sua natureza principiológica, pois embora ele vise garantir um processo penal democrático e seja essencial para a existência do devido processo legal, admite-se sua mitigação em face de outros princípios de hierarquia

---

<sup>269</sup> FERRAJOLI, Luigi. Op. cit., 490.

constitucional, como, por exemplo, os relativos ao direito à intimidade e à privacidade<sup>270</sup>.

### 2.3.3 Da Presunção de Inocência: uma questão basilar

A presunção de inocência é uma categoria extremamente polêmica quando o assunto é a introdução de abordagens dialógicas no âmbito do processo penal.

No âmbito das práticas restaurativas, espera-se que os envolvidos em um conflito dialoguem a fim de compreenderem as causas da questão conflituosa, se responsabilizarem por suas respectivas contribuições com o conflito e se esforcem, quando possível, na formulação de uma solução para o caso que vivenciam(aram). Em se tratando da JR na esfera penal, o diálogo entre suposto ofensor e o suposto ofendido só teria sentido se ambos concordassem, ao menos essencialmente, sobre os fatos relativos ao caso, o que, em tese, parece implicar no reconhecimento do ofensor quanto a sua autoria, afinal, não seria viável, de modo dialógico, promover a responsabilização de alguém que nega ter causado um dano a outrem<sup>271</sup>.

Nesses termos, introduzido o problema que será especificamente abordado em tópico do Capítulo IV, deve-se dissertar sobre a extensão, finalidade e fundamentos da presunção de inocência a fim da ponderação posterior poder ser realizada de modo mais claro.

A presunção de inocência é uma garantia de verdade, liberdade e segurança por parte dos cidadãos, pois a Justiça merece confiança e não pode ser norteadada pelo arbítrio<sup>272</sup>, ou suposição fática.

Lopes Jr., citando Vegas Torres, aponta que as três implicâncias mais relevantes do Princípio da Presunção de Inocência são: **i)** o oferecimento de uma garantia fundante do processo ao cidadão em face à atuação punitiva estatal; **ii)** o norteamiento do tratamento processual do imputado (dever de tratamento), a partir da qual este é tomado, a princípio, como inocente e, portanto, não deve ter seus direitos restringidos antes de uma condenação; **iii)** o ônus probatório para a demonstração da culpabilidade do imputado é da acusação (*nulla accusatio sine probatione*), devendo este preservar seu

---

<sup>270</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos Princípio Gerais... Op. cit., p. 187.

<sup>271</sup> FISCHER DA SILVA, Mário Edson Passerino. **Reflexões sobre a (in)viabilidade**... Op. cit., p. 1080.

<sup>272</sup> Ibidem, p. 140.

estado de inocência caso sua culpa não reste demonstrada (*in dubio pro reo*)<sup>273</sup>, não havendo, portanto, condenação sem comprovação de culpabilidade<sup>274</sup>. Percebe-se então que a presunção de inocência possui caráter *iuris tantum* (admite prova em contrário).

Quanto à dimensão da necessidade de condenação criminal para a supressão do estado de presunção de inocência do imputado e a questão do ônus probatório da acusação no que tange a demonstrar a culpabilidade deste, Ferrajoli toma a primeira como o sentido lato da tal presunção de inocência, e a segunda como seu sentido estrito<sup>275</sup>.

Lopes JR trata também da dimensão extraprocessual da presunção de inocência, associando-a à vedação da publicidade abusiva do processo e da “estigmatização (precoce)” do réu, principalmente em relação à atuação midiática em torno do caso<sup>276</sup>.

No Brasil a presunção de inocência é considerada um direito individual fundamental, extraído do conteúdo do art. 5º, inciso LVII, da Constituição da República, o qual dispõe que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” (*nulla culpa sine iudicio*), ou seja, o *status* de inocente de cada um só poderá deixar de existir quando houver uma decisão judicial penal reconhecendo a culpabilidade do sujeito. Conceitualmente mais preciso, mas na mesma linha, o art. 8º, inciso II, Pacto de San Jose da Costa Rica estipula que “toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa”.

Ferrajoli, citando Luigi Lucchini, afirma que a presunção de inocência representa um corolário lógico do fim racional do processo<sup>277</sup>. Assim sendo, caso o réu já fosse considerado culpado antes da finalização do rito processual (com a observância de todos os seus atos), o processo perderia sua razão de existir, sendo desnecessário para salvaguardar as garantias individuais durante a averiguação dos fatos, uma vez que estes já estariam pressupostos. Sem a presunção de inocência o processo se tornaria, portanto, um mero teatro para legitimação da aplicação da sanção penal.

O art. 283 do CPP trata da legitimidade da realização da prisão, determinando que esta apenas será realizada “em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente”, admitindo, ainda, sua efetivação antes de

---

<sup>273</sup> Ibidem, p 141, 396.

<sup>274</sup> LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal...** Op. cit., p 395.

<sup>275</sup> FERRAJOLI, Luigi. Op. cit, p. 441.

<sup>276</sup> LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal...** Op. cit., p 142

<sup>277</sup> FERRAJOLLI, Luigi. Op. cit., p. 441.

condenação penal, no curso da investigação ou do processo diante de decreto de prisão temporária, ou preventiva, pelo juiz. Ora, o conteúdo dessa regra, de redação proveniente de alterações feitas pela Lei nº 12.403 de 2011 (pós Constituição de 1988), explicita a relativização da presunção de inocência no Brasil.

Sobre a referida relativização, em 2016, por maioria de votos, o plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) proferiu decisão polêmica em sede de liminar das Ações Declaratórias de Constitucionalidade números 43 e 44. Indeferindo a liminar, o plenário concluiu que o conteúdo do art. 283 do CPP não obsta o início da execução da pena após a condenação penal proferida em segunda instância, tendo-se como condição o esgotamento das instâncias ordinárias<sup>278</sup>. Assim, ainda que na pendência de recursos, como o Recurso Extraordinário, direcionado ao STF, e o Recurso Especial, direcionado ao Superior Tribunal de Justiça (STJ), hoje é permitida o início da execução penal no Brasil, não obstante o que consta no art. 5º, inciso LVII, da Constituição.

Por fim, existe para o imputado a faculdade de confessar o cometimento do crime, o que parece, em um primeiro momento, que este abdica da presunção que lhe favorece. No entanto, isso não exime o Estado de respeitar e garantir a realização do devido processo penal a fim de verificar se o réu deve ser condenado pelo que alega ter feito, ou mesmo se tal confissão reflete a realidade do caso. Dessa forma, mesmo quando o réu é confesso, não é legítimo ao Estado, fora das relativizações já apontadas, trata-lo diversamente de outrem que não fora condenado por sentença transitada em julgado. O réu confesso, portanto, ainda goza da presunção de inocência. A confissão é uma prova contrária à presunção em pauta, porém, em abstrato, ela não a anula, de forma tal que, como toda prova, ela deve ser valorada nos momentos processuais cabíveis quando for submetida ao juiz competente.

#### *2.3.4 Observações pertinentes quanto ao Princípio da Indisponibilidade do Processo*

*Penal: sobre interesse público, titularidade da ação e o combate às pressões internas e externas.*

---

<sup>278</sup> BRASIL. **STF admite execução da pena após condenação em segunda instância**. Brasília: STF, Notícias STF, 05 de outubro de 2016. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=326754>. Acesso em 04 de out. de 2017.

Extraído dos arts. 42 e 576 do CPP, o Princípio da Indisponibilidade implica no fato do MP não ter o poder de dispor do processo penal após a propositura da ação (exercício do direito de ação), ou do recurso após sua interposição.

Dogmaticamente falando, a justificativa do princípio em tela ocorre pelo fato da titularidade do *jus puniendi*, no sistema processual penal brasileiro, pertencer ao Estado e não ao órgão permanente, o qual apenas possui o poder de exercício da ação penal<sup>279</sup>. Ora, diante do interesse público no que tange ao acerto do caso penal, seja para garantir a punição do culpado, ou para comprovar a inocência do imputado, tem-se o processo penal como rito legítimo para atingir a esses objetivos e, na lógica jurídica, estes só serão concretizados quando o ritual chegar ao fim, por isso não se pode desistir dele. É uma questão, teoricamente, de assegurar a paz social.

Em termos práticos, o princípio pretende, assim como a obrigatoriedade da propositura da ação, inviabilizar que pressões externas, seja em termos políticos, ou econômicos, comprometam a atuação do MP em conformidade com a lei, garantindo assim a tramitação do devido processo legal e o atingimento do interesse público anteriormente citado. A indisponibilidade, ao vincular o promotor com a ação e o recurso interposto, oferece a segurança para o cidadão de que este poderá esperar uma decisão jurisdicional ao final de cada um.

Considerando a possibilidade de se atingir, durante o processo penal, a paz social através de práticas compositivas, ou dialógicas, tendo como consequências, por exemplo, a reintegração social do imputado, a vivência de uma experiência de alteridade entre este e a vítima (ou familiares desta), a consolidação da empatia entre ambos, a desconstrução de traumas, ou mesmo a reparação do dano, a indisponibilidade do processo penal torna juridicamente inviável que isso afaste uma condenação pela concretização de um tipo penal.

A ponderação anterior decorre, como já observado anteriormente, do fato do objeto do processo ser o caso penal e, seu objetivo o acerto deste tendo como referencial máximo a lei, de modo que a pacificação social não anula o fato de que o tipo penal foi concretizado. A análise dessa questão também será finalizada no Capítulo IV.

---

<sup>279</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos Princípios Gerais... Op. cit., p. 184.

### CAPÍTULO III - JUSTIÇA E PRÁTICAS RESTAURATIVAS: FUNDAMENTOS, VERTENTES E MODELOS DE APLICAÇÃO

#### 3.1 Em busca de uma definição conceitual: entre o aceito e o aceitável

A parte histórica acerca do contexto comunitário no qual se desenvolveram práticas dialógicas de tratativa de conflitos já foi tratada no Capítulo I. Esse trecho da Monografia cuidará de esclarecimentos quanto algumas características da Justiça e das práticas restaurativas, bem como de propostas estruturais quanto à implementação de Modelos Restaurativos de Justiça e seus princípios reitores.

A primeira questão que merece reflexão remete à definição da “JR”. Tony Marshall, Paul McCold e Ted Watchtel, descrevem a JR como um processo voluntário e relativamente informal, por meio do qual são oportunizadas às partes, envolvidas na relação conflituosa, possibilidades de construção conjunta, por meio de diálogo e técnicas de mediação, de soluções adequadas à resolução de seus antagonismos<sup>280</sup>.

Lode Welgrave define JR como toda a ação que é primeiramente orientada pela realização da justiça através da restauração do dano causado por um crime, seja dano material, ou psicológico, ou mesmo outras formas de sofrimento infligidas sobre a vítima e seu ambiente relacional<sup>281</sup>.

Howard Zehr, por sua vez, a apresenta a JR como um paradigma de justiça que atenta para as necessidades psicológicas e materiais dos seres humanos durante o oferecimento de uma resposta direcionada aos conflitos, os quais, nessa ótica, seriam solucionados de modo mais completo através de técnicas de mediação focadas na restauração de vínculos afetados e no empoderamento da vítima<sup>282</sup>.

A formulação de Zehr se baseia na dicotomia entre o que ele define como paradigma restaurativo e “paradigma retributivo”<sup>283</sup>, o qual norteia o *modus operandi*

---

<sup>280</sup> CUNNEEN, Chris; HOYLE, Carolyn. **Debating Restorative Justice**. Oxford: Hart Publishing, Portland Oregon, EUA, 2010, p. 1-2.

<sup>281</sup> WALGRAVE, Lode. Imposing Restoration Instead of Inflicting Pain: Reflections on the Judicial Reaction to Crime. Em: VON HIRSCH, Andrew; ROBERTS, Julian V.; BOTTOMS, Anthony; ROACH, Kent SCHIFF, Mara. **Restorative Justice and Criminal Justice: competing or reconcilable paradigms?** Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, p. 61- 78, 2003, p. 61.

<sup>282</sup> ZEHR, Howard. Op. cit., p. 89-90.

<sup>283</sup> Inicialmente a dicotomia era evidentemente antagônica, porém, no posfácio da 3ª edição da obra “Trocando as lentes”, Zehr, entretanto, ressalta que a retribuição e a restauração seria teoricamente similares, se distinguindo em relação ao escopo, sendo a imposição de sofrimento em relação à primeira (punição) e a restauração na segunda, contudo, ele ressalta que não se trataria de posições mutuamente excludentes, afinal, tal raciocínio diminui as possibilidades de considerações de traços comuns e

do Modelo de Justiça Penal contemporâneo, cuja base seria a punição fundamentada na lei, sem qualquer interesse na reparação de danos, ou desconstrução de traumas<sup>284</sup>. O autor considera, no entanto, que tanto a retribuição (para ele, punição) como restituição (compensação pelo dano) remetem à restauração de um equilíbrio, mas a segunda seria uma forma mais concreta de promoção da equidade<sup>285</sup>.

Giamberardino, em “Crítica da Pena e JR: a Censura para além da Punição”, busca desconstruir a validade da referida separação conceitual, analisando as várias vertentes do retributivismo e comparando-as com as finalidades da JR.

O autor alerta que a visão do retributivismo e da retribuição como expressões de vingança, castigo, ou penas cruéis é estereotipada e desconsidera a proposta de tais perspectivas, que seria a aplicação de sanções justas e proporcionais ao delito<sup>286</sup>. Citando Anthony Duff, Giamberardino questiona a dicotomia entre “restaurar” e “retribuir” afirmando que o objetivo da restauração pode ser alcançado sem se evitar a retribuição e que, por exemplo, uma prática restaurativa de mediação penal também pode produzir sofrimento e censura, ainda que seu enfoque seja restaurativo<sup>287</sup>.

Baseando-se em noções como o “justo merecimento” da sanção diante de “vantagem injusta”, da violação do respeito ao outro e da autonomia da escolha, tratadas por Herbert Morris e Robert Nozick, Giamberardino propõe a contextualização das teorias retributivas, desenvolvidas em países de matriz cultural anglo-saxônica, para a realidade latino-americana<sup>288</sup>.

Nesse sentido, diante da ampla variedade de realidades e desigualdades no âmbito da América Latina, o autor aponta que a vertente expressiva da teoria retributiva, a qual ressalta uma função comunicativa da pena, seria adequada para fundamentar a necessidade de expressão de uma reprovação e promover a responsabilização pública de um ofensor, vinculando a punição à coesão social<sup>289</sup>.

Assim, como uma de suas principais contribuições, o autor demonstra a viabilidade de compatibilidade entre a vertente retributivista expressiva e a JR, no sentido de comunicação de uma reprovação baseada no reconhecimento da realização

---

interesses mútuos, talvez como o atingimento da pacificação social, por exemplo Ibidem, p. 259-260; GIAMBERARDINO, André Ribeiro. Op. cit., p. 119-120.

<sup>284</sup> ZEHR, Howard. Op. cit.

<sup>285</sup> Ibidem, p. 182.

<sup>286</sup> GIAMBERARDINO, André Ribeiro. Op. cit., p. 69, 74.

<sup>287</sup> Ibidem, p. 118

<sup>288</sup> Ibidem, p. 76, 80, 110.

<sup>289</sup> Ibidem, p. 82.



de uma conduta “errada” e na retribuição de tal ato a partir desse reconhecimento e responsabilização pública.

Ainda, quanto a essa reflexão, Giamberardino reflete acerca do resultado ideal das práticas restaurativas e para tanto recorre à perspectiva de Gargarella sobre a censura. Para este último autor seria prudente que o sistema penal optasse por uma reprovação desprovida de pretensões aflitivas a fim de promover uma censura do ato ofensivo através da responsabilização do ofensor pelo diálogo com membros da comunidade afetada<sup>290</sup>. Tal processo comunicativo rejeitaria um enfoque moralista e seria efetuado em sede de uma concepção de democracia deliberativa e do reconhecimento do dano causado, produzindo-se uma censura (juízo de reprovação sem caráter aflitivo intencional) e não um castigo<sup>291</sup>.

O produto de uma experiência restaurativa corresponderia, na ótica de Giamberardino, a uma censura, pois inexistente intenção em se incutir dor ao ofensor, ainda que Walgrave admita que o sofrimento possa ocorrer como efeito colateral das práticas restaurativas<sup>292</sup>, como, por exemplo, a experiência da vergonha, arrependimento e lembrança da ofensa.

Feitas essas ressalvas, apresenta-se a visão do italiano Federico Reggio, para quem inexistiria uma definição universal sobre “JR”, pois as numerosas perspectivas acerca desta ainda não tornariam claros todos os seus pressupostos, mesmo sendo possível identificar elementos essenciais a ela<sup>293</sup>.

Diante de tal imprecisão, o autor propõe uma “definição de uso” a qual possui quatro elementos fundamentais: **i)** a consideração do crime em termos concretos, focando-se sobre a lesividade da conduta no contexto das relações intersubjetivas e/ou dos relacionamentos de determinada “comunidade civil”; **ii)** a concepção de crime como fonte de obrigações para o autor, que deve remediar as consequências de seus atos em conformidade com as necessidades da vítima; **iii)** a participação ativa de vítima, ofensor e eventuais membros da comunidade civil na busca por soluções que reparem o mal causado pelo delito; **iv)** a preferência por soluções consensuais do que aquelas impostas por uma autoridade<sup>294</sup>.

---

<sup>290</sup> <sup>290</sup> GIAMBERARDINO, André Ribeiro. Op. cit., p. 114.

<sup>291</sup> Ibidem, p. 114.

<sup>292</sup> Ibidem, p. 118.

<sup>293</sup> REGGIO, Federico. **Giustizia dialogica**: luci e ombre della restorative justice. Milão: Editora Franco Angeli, 2010, p. 21-22.

<sup>294</sup> REGGIO, Federico. Op. cit., p. 23.

Como pontos comumente manifestados nas perspectivas dos restaurativistas, Reggio identificou **i)** a transformação da experiência da vítima um objeto de narração; **ii)** a tratativa da JR como uma antítese à antropologia individualista, que ignora a dimensão relacional do ser humano e o contexto interacional no qual ocorre o delito; **iii)** o conceito de ordenamento jurídico como ordem que deve considerar a realidade na qual suas normas incidem, levando em consideração a experiência concreta do crime e suas consequências; **iv)** a noção de que o Estado não é e o único garantidor da ordem jurídica e social, podendo, assim, os cidadãos atuarem coletivamente com tal entidade em uma estrutura judicial de caráter inclusivo e democrático para solucionar conflitos e casos de ordem penal<sup>295</sup>.

Considerando as observações de Reggio, Giamberardino e Fischer da Silva acrescentam que: **i)** o empoderamento dos envolvidos no conflito interpessoal proveniente do caso penal; **ii)** a necessidade de maior relevância do espaço e papel destes no rito processual e **iii)** a consideração da dimensão humana (sentimental, comunicativa, etc.) na tratativa desses envolvidos, tratados processualmente como objetos de intervenção e extração probatória, são demandas também usualmente expressadas pelos doutrinadores restaurativistas<sup>296</sup>.

A ausência de consenso e clareza conceitual de alguns termos por vezes dificulta a compreensão da temática, contudo, Reggio ponderou que, um consenso teórico, no presente momento histórico, representaria algo ainda mais negativo, pois engessaria o debate de questões as quais talvez careçam de maiores reflexões<sup>297</sup>. Em face desta problemática, o italiano propôs como diretriz de desenvolvimento teórico a identificação dos conceitos mais condizentes com a JR, devendo-se distinguir a “visão aceita” da “visão aceitável” acerca deste paradigma<sup>298</sup>.

Posteriormente, como critério de distinção, Reggio indicou a seleção de questionamentos cuja resolução defina, de maneira mais precisa, as finalidades da proposta restaurativa e se ela se apresentaria como alternativa, ou complemento ao sistema penal<sup>299</sup>.

---

<sup>295</sup> REGGIO, Federico. Op. cit., p. 24, 28-29.

<sup>296</sup> GIAMBERARDINO, André Ribeiro; FISCHER DA SILVA, Mário Edson Passerino. Justiça Restaurativa e Crimes Culpados de Trânsito. **R. Opinião Jurídica**, Fortaleza, ano 15, n. 20, p.13-31, jan./jun. 2017, p. 15.

<sup>297</sup> REGGIO, Federico. Op. cit., p. 69-72.

<sup>298</sup> Ibidem, p. 79-81.

<sup>299</sup> Ibidem, p. 80-82.

Diante de tais reflexões e dos conceitos anteriormente apresentados, expor-se-á uma definição/divisão a qual se acredita ser mais precisa quanto à questão da JR. Observa-se que essa conceituação não tem pretensão de finalizar os constantes debates que buscam precisar cada vez mais os termos pertinentes à ótica restaurativista. Trata-se meramente de uma tentativa de clarificação das reflexões já realizadas por outros autores e que, nessa senda, é apresentada como uma proposta que visa incitar novos debates sobre o tema.

Em âmbito ideológico, portanto, a JR corresponderia a um paradigma em construção que reflete uma particular concepção de Justiça, Crime, Conflito e Cidadania<sup>300</sup>.

Especificamente, a Justiça, na ótica restaurativa, é compreendida como uma construção dialógica coletiva, não-padronizável, cuja verificação ocorre casuisticamente mediante a observância dos valores comuns e individuais expostos por aqueles que vivenciam uma experiência de alteridade ao tratar de determinada questão (conflituosa, ou não).

Essa definição parece se aproximar dos pressupostos do paradigma da linguagem, ou, precisamente, da ideia de construção de verdade pelo consenso linguístico, desenvolvida por Habermas. Contudo, não é preciso pleno consenso, ou a materialização de um acordo para que os participantes de uma experiência restaurativa considerem que a justiça foi feita, basta o consenso sobre a reprovabilidade das condutas ofensivas. A celebração de um acordo tido como justo não necessariamente atende plenamente a todas as concepções individuais de justiça, mas corresponderia à estipulação de medidas proporcionais e compreendidas como necessárias para restaurar vínculos e/ou saciar as necessidades essenciais geradas pela ofensa.

Sobre o crime, este é não é vislumbrado a partir da ótica meramente jurídica (desrespeito ao ordenamento), mas como uma ofensa ao sujeito, um dano, em especial quanto no que tange à fragilização dos vínculos e relações humanas<sup>301</sup>. Em termos teóricos, essa abordagem da JR parece impregnar a visão penal com a lógica civilista, mas o paradigma em questão atenta para a dimensão material do crime, apontando que

---

<sup>300</sup> Para essa primeira etapa da definição recorreu-se à concepção paradigmática de Zehr e Reggio somada à percepção construtivista posta em especial evidência por Tiveron. Em: ZEHR, Howard. Op. cit., p. 80-90; REGGIO, Federico. Op. cit., p. 17; TIVERON, Raquel. Op. cit., p. 32;

<sup>301</sup> ZEHR, Howard. Op. cit, p. 174-175.

somente a aplicação da lei não é medida que remedeie grande parte efeitos negativos da conduta criminosa, cometida em um contexto social relacional<sup>302</sup>.

Quanto à ideia de conflito, tem-se que, em uma visão restaurativa, este corresponda a uma oportunidade construtiva de crescimento pessoal<sup>303</sup> a partir do desenvolvimento das faculdades humanas racionais e emotivas no âmbito de um espaço dialógico seguro e democrático que conte com facilitadores os quais mediarão as reflexões.

No mais, a JR, ao apostar nas capacidades humanas de resolução dialógica de questões, redefine a imaginário sobre a cidadania, tomando o cidadão como sujeito apto e responsável pela gestão de seus conflitos e pela efetivação de seus direitos através do diálogo. Sob esse manto, tal paradigma aborda a cidadania como algo inato ao indivíduo, cujo exercício depende da proatividade e da compreensão das dimensões do outro, acarretando na autoconcepção do sujeito como potencial agente modificador da realidade mediante o comprometimento voluntário com a mudança.

Tem-se então uma pretensão de fortalecimento do senso de identidade comum (comunitário, familiar, grupal, etc.) entre os envolvidos em uma questão (conflituosa, ou não), a partir da qual o indivíduo descobre e, ao mesmo tempo, constrói o seu papel sem depender do direcionamento externo.

No âmbito prático, ou seja, de acordo com a visão de Marshall, McCold e Watchtel, a JR pode ser definida em termos operacionais, sendo conceitualmente mais acurado designá-la como “práticas restaurativas”, as quais corresponderiam aos rituais utilizados para restauração de vínculos e, quando for o caso, reparação do dano.

### **3.2 Problematisações acerca dos escopos das práticas restaurativas:**

---

<sup>302</sup> Essa observação quanto à tratativa do crime pela JR é recorrente na doutrina, a própria obra “Trocando as Lentes: **um novo foco sobre o crime** e a justiça”, de Zehr, já traz tal questão no seu título e a toma como tema central do livro. Mais além, Raquel Tiveron, Federico Reggio, André Ribeiro Giamberardino e Daniel Achutti não deixam de abordar a visão restaurativista acerca dos efeitos da conduta criminosa sobre a teia das relações humanas.

<sup>303</sup> Tiveron promove uma reflexão que vai de encontro a esta partindo da ideia de “espaço de outridade” desenvolvida por Warat, a qual remete ao reconhecimento entre duas pessoas que as permite se enxergar mutuamente (empatia), descobrindo o que falta em suas supostas existências completas. A autora completa dizendo que a JR toma o *alter* e o conflito como potenciais de revitalização das relações humanas mediante a construção de novos meios de se relacionar. Em: TIVERON, Raquel. Op. cit., p. 131, 136.

Existe uma série de métodos e abordagens de cunho restaurativo. Nem toda prática restaurativa, contudo, espelha a lógica proposta pela JR. Uma conciliação, ou uma mediação avaliativa (a qual permite ao mediador ser mais diretivo e aconselhar as partes), por exemplo, não vão de pleno encontro ao paradigma em questão, porque, diante dos vetores básicos da responsabilidade e do empoderamento, o facilitador não deve influenciar no conteúdo do acordo (nem se solicitado), pois isso é atribuição absoluta das partes.

Sobre o escopo das práticas restaurativas ainda não existe consenso. Há os defensores da imprescindibilidade da reparação, psicológica e/ou material do dano causado (*reparative theory*), como Zehr, Walgrave, Reggio e Van Ness<sup>304</sup>. Em contraponto, há a corrente dos partidários que priorizam a vivência de uma experiência voluntária e dialógica de alteridade acima de eventual reparação (*encounter theory*), a qual Mark Umbreit integra<sup>305</sup>. Ainda, pode-se citar a vertente que apregoa que a experiência restaurativa tem como fim modificar a forma a partir da qual os sujeitos se compreendem como seres humanos e o modo como afrontam as questões conflituosas do dia a dia em face a conflitos (*transformative theory*)<sup>306</sup>. Esta última intenta incutir no sujeito sua autopercepção como agente racional capaz de solucionar seus próprios problemas através do diálogo e, ainda, propõe que a JR reflita sobre a estrutura e o contexto social no qual ocorreu o conflito<sup>307</sup>.

A *reparative theory* centra-se no dano causado, a *encounter* e a *transformative theory*, por sua vez, são desenvolvidas em torno do conflito vivenciado e de sua tratativa dialógica<sup>308</sup>. A primeira pressupõe um dever de reparação por parte do ofensor, focando-se principalmente nas necessidades do ofendido. A segunda toma a espontaneidade e o consenso como fatores essenciais de uma solução proveniente das práticas restaurativas. A terceira aposta na capacidade da experiência restaurativa de ressignificar a perspectiva dos sujeitos em relação ao conflito e às faculdades humanas para lidar com ele.

---

<sup>304</sup> REGGIO, Federico. Op. cit., p. 100,102.

<sup>305</sup> Ibidem, p. 101.

<sup>306</sup> Ibidem, p. 163-166.

<sup>307</sup> Ibidem, p. 101.

<sup>308</sup> Ibidem, p. 101, 163.

Umbreit afirma que a restauração se dá pelo encontro dialógico e o reconhecimento recíproco entre os envolvidos em uma abordagem restaurativa sob a ótica de uma mediação humanizada<sup>309</sup>.

Reggio, seguindo a linha de Walgrave, critica a *encounter theory* apontando que esta considera apenas aspectos intangíveis das consequências negativas da ofensa, substituindo a reparação do dano pelo consenso, de modo que tal teoria seria incompleta e não alteraria substancialmente o *modus operandi* do sistema penal<sup>310</sup>. O autor italiano vai além e aponta que o elemento essencial de distinção entre a justiça convencional e a restaurativa é justamente o fato desta ter como vetor a reparação, considerando que a necessidade de reatar as relações seria um ponto de partida e não de chegada<sup>311</sup>.

As referidas “incompletudes”, aos olhos dos partidários da *reparative theory*, renderam a pejorativa designação de “Teoria Minimalista” à vertente da *encounter theory*, pois para esses a reparação é um dever de reciprocidade que evidencia o débito do ofensor para com o ofendido, e isso não seria considerado pela teoria criticada<sup>312</sup>.

Sobre as críticas quanto à *transformative theory*, Reggio a descreve como excessivamente preocupada com a teia de relações sociais na qual as partes se inserem, que corre o risco de se afastar do caso concreto, esquecendo-se da vítima e suas necessidades<sup>313</sup>. Seria, então, um modelo utópico, o qual arrisca cair na falácia de buscar a criação de uma sociedade plenamente harmônica por desconsiderar os jogos de poder inerentes à estrutura social contemporânea<sup>314</sup>.

O autor, acompanhando a linha de Walgrave, apresenta a *reparative theory* como mais objetiva, focada na lesão e nos sujeitos concretos envolvidos no fato, sendo menos ambígua do que *encounter theory* e mais coerente com a finalidade última da JR, a atenção para as necessidades da vítima e a ressignificação da censura para uma reprovação de cunho reparativo<sup>315</sup>.

Evidentemente, as críticas de Walgrave e Reggio quanto à ambiguidade de alguns conceitos atinentes à proposta da teoria do encontro são pertinentes para o aprimoramento desta, contudo, discorda-se de ambos no que concerne ao afastamento desta do paradigma restaurativo.

---

<sup>309</sup> Ibidem, p. 101, 164.

<sup>310</sup> REGGIO, Federico. Op. cit., p. 65

<sup>311</sup> Ibidem, p. 100, 165

<sup>312</sup> Ibidem, p. 165.

<sup>313</sup> Ibidem, p. 166.

<sup>314</sup> Ibidem, p. 166-167.

<sup>315</sup> Ibidem, p. 167

Primeiro, Walgrave e Reggio mensuram a vertente em pauta a partir pressupostos da teoria reparativa, tratando a necessidade de reparação como um consenso entre os restaurativistas no intuito de reduzir o significado do encontro. Ocorre que tal consenso não existe e o dever de reparação, por mais que seja uma proposta concreta, não foge da lógica prescritiva, a qual destoa de uma racionalidade dialógica e parece apenas substituir a sanção penal por uma obrigação de reparação de danos (como é feito no direito civil).

Segundo, ao determinar um dever orientador de compensação, a *reparative theory* delimita os lugares de cada ator integrante da abordagem restaurativa, estigmatizando cada um ao tomá-los como personagens unidimensionais. No próximo item será debatido justamente o fato de, na prática, as categorias “vítima”, “ofensor” e “comunidade” serem mais referenciais operacionais do que descrições ontológicas, afinal, no âmbito de uma relação (tópica, ou continuada) o ofensor pode ter sido ofendido em algum momento e o ofendido ter ocupado a posição de ofensor. Tal reducionismo conceitual estigmatiza, logo ele não é saudável em face dos princípios da horizontalidade e da imparcialidade que regem as práticas restaurativas.

Terceiro, a *reparative theory*, a depender do caso, pode incorrer em uma ofensa à subjetividade da vítima, ou de seus familiares. Tratando-se de um homicídio, por exemplo, como convidar um familiar do falecido para um programa de JR mediante a informação de que se pretende reparar o dano que ele sofreu (e ainda sofre) pela morte do ente querido? Parece muita presunção crer que há a possibilidade de reparação em todos os casos, e, mesmo que isso seja considerado, uma implicação lógica disso seria reduzir significativamente a área de incidência de projetos restaurativos. Quando se trata de um viés reparativo em sede de uma corte, a qual, supostamente tenha adotado tal *approach* ao sentenciar, a questão fica ainda mais complicada, pois é a instituição dizendo ao ofensor quanto valeu o dano que ele causou.

O encontro, por sua vez, possibilita a compreensão holística das consequências das condutas lesivas, pois a interação dos participantes possui o condão não só culminar na comunicação de reprovação, mas igualmente de angústias e de perdas. Deixando os sentimentos e reflexões em segundo plano, a lógica *reparative* reduz a complexidade do conflito e opera como uma meta cuja consequência de adoção pode incorrer na aceleração das abordagens pelos facilitadores em prol da tutela de mais casos e do atingimento de metas institucionais. Dentro do contexto institucional brasileiro, no qual

o CNJ constantemente determina metas a serem atingidas, essa variável também merece consideração.

Nessa senda, em virtude de seu caráter dialógico e inclusivo, e por representar efetivamente uma racionalidade diversa do sistema convencional, toma-se a *encounter theory* como a mais condizente com os princípios de um paradigma restaurativo coerente.

Baseando-se em alguns dos pressupostos de tal corrente, na obra “*Accountability in Restorative Justice*”<sup>316</sup>, de Declan Roche, e na obra “*Debating Restorative Justice*”, de Chris Cunneen e Carolyn Hoyle<sup>317</sup>, se reconhece como objetivo principal das práticas restaurativas o encorajamento à “prestação de contas” do ofensor com a vítima e/ou os familiares desta, a partir do oferecimento de um espaço propício ao desenvolvimento de empatia e à restauração das relações afetadas pelo conflito, a fim de que os participantes se reconheçam como cidadãos dignos de respeito e que, devido ao diálogo, as consequências e causas minuciosas da ofensa sejam reveladas<sup>318</sup>.

Ressalva-se, por fim, que a *encounter theory* apresenta lacunas a serem preenchidas, como o risco do consenso resultar em medidas absurdas e contrárias ao ordenamento. Cabem, ainda, considerar as observações de outros autores. As readequações que se tomam como pertinentes a tal perspectiva serão discutidas no item referente aos Modelos Restaurativos de Justiça.

### 3.3 Os principais atores das práticas restaurativas

#### 3.3.1 A vítima (ofendido) e o ofensor: etiquetas que merecem ponderações

Reconhecidos como os protagonistas das práticas restaurativas, a vítima e o ofensor representam o binômio complementar que surge a partir de uma ofensa. Como já fora constatado, tal dicotomia é faticamente cosmética, uma vez que na realidade material tais categorias migram constantemente uma para a esfera da outra.

Um ser humano nunca será somente ofensor nem somente ofendido. Está certo que o propósito de realização das práticas restaurativas é delimitado, especialmente quando se trata de um crime cometido em face de outrem com quem não havia uma

---

<sup>316</sup> ROCHE, Declan. **Accountability in Restorative Justice**. New Yprk: Oxford University Press, 2003.

<sup>317</sup> CUNNEEN, Chris; HOYLE, Carolyn. Op. cit., p.10, 12.

<sup>318</sup> GIAMBERARDINO, André Ribeiro; FISCHER DA SILVA, Mário Edson Passerino. Op. cit., p. 17.



relação prévia. Talvez a fluidez das categorias seja mais evidente em relações continuadas, nas quais as pessoas que vivenciam um relacionamento não saudável se ofendam mutuamente. Entretanto, uma vítima de assalto nada fez para ofender aquele que lhe ameaça e lhe ordena a entregue de seus bens. Como falar que o ofendido fora ofensor em algum momento desta relação limitada à agressão supracitada?

Ora, embora a pureza dos conceitos “vítima” e “ofensor” possa ser artificial e meramente didática na grande maioria dos casos, ela parece bem objetiva e clara no caso do assalto. Ela, evidentemente, faz mais sentido quando se toma por válida a *reparative theory*, na qual os papéis de “credor” e “devedor” estão muito claros e se admite a coação para fins de reparação.

Sob a ótica da *transformative theory* e da *encounter theory*, que prezam principalmente pelo diálogo e pela prestação de contas (*accountability*), a tendência é que, assim como a vítima tem a faculdade de tornar a sua experiência negativa um objeto de narração e então responsabilizar o ofensor, este poderá “*to account*” trazendo sua história e explicando o que o levou a ofender. Considerando que a grande maioria das pessoas não assaltam simplesmente por prazer, a pressupõe-se que o ofensor tenha sofrido e, portanto, sido severamente ofendido em algum ponto de sua existência, o que pode ter contribuído com a sua escolha de ofender.

Nomear alguém como “ofensor” corresponde à redução de sua identidade a um *status* negativo, o qual soa lógico em casos criminais, mas desconsidera todo o potencial e as ações menos, ou não reprováveis, já realizadas pelo sujeito ao longo de sua vida. Trata-se de um termo eufemístico quando comparado “ao criminoso”, ao “meliante”, mas, em uma ótica restaurativa, que visa a promoção da alteridade, tal estigmatização não é saudável, pois já opera como uma barreira ao diálogo horizontal.

A vítima, já “desempoderada” por sua própria designação, sofre também estigmatização. Tem-se que seria mais adequado substituir vítima por “ofendido”, porque a carga conceitual deste termo é menos enfraquecedora. Se o papel da JR também é empoderar, é importante que tal fator se faça presente não apenas durante à abordagem prática, mas da mesma forma na ciência que a estuda e na nomenclatura que se utiliza. Desse modo pode-se facilitar a aproximação de ambos os envolvidos no conflito desde o início, unindo-lhes por um ponto comum: o conflito, não separando-lhes como seres humanos perpetuamente antagônicos.

As práticas restaurativas, porém, intentam oferecer uma atenção especial à vítima e isso não pode ser desconsiderado. É crucial também a responsabilização e

censura de quem cometeu a ofensa, deixando, portanto, em maior, ou menor grau, quem ofendeu em uma posição de devedor (de uma retratação). Ainda assim, o ofensor pode não participar e, se o fizer, não pode ser obrigado a se retratar, de maneira a qual tal “dever” seria melhor descrito como uma diretriz.

Para Walgrave, na JR, o ofensor está implicado não porque algo deva ser feito com ele, mas sim pelo seu dever de promover a restauração<sup>319</sup>. Influenciar quem ele é, ou incitar uma mudança de conduta é algo secundário em face a tal responsabilidade, pois o que orientaria as práticas restaurativas é a necessidade de restauração, não de punição (censura) adequada<sup>320</sup>. Trata-se de uma visão calcada na *reparative theory*.

Para o retributivismo, cuja vertente comunicativa se aproxima da lógica restaurativa, considera-se o ofensor como agente moral e racional que por escolher o crime deve se submeter a uma punição (no caso, censura). A JR, no entanto, é solidária com ofendido e ofensor, pois nela ambos são responsáveis pelos resultados do que acontecerá, enquanto no sistema convencional, respectivamente, os incumbe, respectivamente, reportar o crime e aceitar passivamente a sanção/solução formulada por um terceiro<sup>321</sup>.

Dentro da perspectiva *encounter* a dicotomia ofendido-ofensor tem a finalidade de estipular técnicas operacionais, como: quem é convidado primeiro ao programa, ou quem merece uma atenção específica para evitar revitimização. O reconhecimento do mal causado, a retratação, o perdão, as narrativas e o consenso são consequências que devem vir espontaneamente a partir das interações do encontro, caso contrário não haverá chance de vivência de uma experiência autêntica. Em um contexto cuja sombra do sistema penal paira sobre os programas de JR, a autenticidade de seus resultados já é questionável, porém, a partir do momento em que os facilitadores se tornam absolutamente diretivos, tem-se um julgamento travestido de conversa.

Na visão supracitada, antes de serem abstrações conceituais que remetem a identidades arriscadamente reducionistas, ofensor e ofendido são seres humanos multidimensionais criados no âmbito de um sistema social cuja tendência é a terceirização de soluções para especialistas. Para a JR, cabe oferecer a ambos um espaço democrático, dialógico e seguro de empoderamento a partir do qual eles redescubram

---

<sup>319</sup> WALGRAVE, Lode. Op. cit., p. 61.

<sup>320</sup> Ibidem, p. 62.

<sup>321</sup> Ibidem, p. 71-72.

suas faculdades racionais e emotivas para solucionar conflitos e compreender outras perspectivas.

### 3.3.2 A polêmica figura da comunidade

A palavra comunidade aparece em quase todos os escritos sobre JR<sup>322</sup>. Talvez, considerando que o paradigma provém de uma racionalidade comunitária tribal, regatar a comunidade soa como uma consequência lógica dos pressupostos restaurativos.

Conceitualmente, na JR, a comunidade pode ser interpretada como vítima do crime, como sujeito co-interessado na questão conflituosa, como fonte de individuação de comportamentos (define aquilo que é aceitável), como titular do conflito social, como tecido de relações sociais, etc<sup>323</sup>.

Comunidade alude a um grupo de pessoas que partilham elementos de convivência em comum, mais especificamente: território, rotina, cultura, língua e valores.

Paul McCold divide o conceito em “macro-comunidade” (critério de extensão territorial) e a “micro-comunidade” (critério relativo ao grau de intensidade das relações entre os seres humanos)<sup>324</sup>. Walgrave aborda a questão tratando a comunidade como uma teia de relações de proximidade e como grupo de pertencimento<sup>325</sup>. Robert Weisberg, por sua vez, propõe uma divisão tripartite: “comunidade” (*community*), como valor, “a comunidade” (*the community*), como tecido de relações sociais e “comunidade de acolhimento” (*community of care*), como grupo que partilha características peculiares<sup>326</sup>. Reggio então apresenta a comunidade como um projeto cultural da JR, um fim a ser atingido pela consolidação de um paradigma que propugna a interação dialógica como meio essencial de resolução de conflitos e controvérsias<sup>327</sup>.

Para este último autor, filiado aos ideais de Walgrave, a comunidade na JR é apresentada mais como um senso de percepção do que uma realidade, remetendo-se a

---

<sup>322</sup> REGGIO, Federico, p. 90.

<sup>323</sup> Ibidem, p. 97-99.

<sup>324</sup> Ibidem, p. 92.

<sup>325</sup> Ibidem, p. 92.

<sup>326</sup> Ibidem, p. 92.

<sup>327</sup> Ibidem, p. 92.

um “nós” que não necessariamente existe, o que culmina na remissão a um conceito o qual, por mais atraente que seja, é vago e, não raro, contraditório<sup>328</sup>.

Walgrave pondera que as intervenções restaurativas requerem um mínimo de comunidade, pois o ofensor e a vítima devem sentir interesses comuns para realizar algo construtivo<sup>329</sup>. Para o autor, a maioria dos crimes envolve um ofensor e um ofendido pertencentes a realidades diferentes, ou seja, a outros grupos<sup>330</sup>. Ainda, ressalta que as comunidades não são boas em si, uma vez que, em nome da abstração comunidade, estigmatizações e agressões podem ser cometidas (cita episódios de caça às bruxas nos EUA e na Inglaterra)<sup>331</sup>

Em “Um olhar crítico sobre o papel da comunidade nos processos restaurativos”, Fernanda Roseblatt apontou que o ideal comunitário é invocado sob pretexto de que a comunidade: **i)** “falaria a mesma língua das partes”, **ii)** teria sido afetada pelo conflito e **iii)** poderia enriquecer as reflexões e auxiliar os envolvidos com o cumprimento de eventual termo de consenso (por aumentar o controle social informal)<sup>332</sup>. Ressalta, contudo, que tais premissas ainda não foram verificadas empiricamente.

O otimismo em relação a tal entidade abstrata poderia incorrer na desconsideração de riscos, como a perda de relevância dos envolvidos diretamente na formulação na solução, na imposição de valores externos, ou em constrangimentos por parte dos convidados externos<sup>333</sup>.

Roseblatt, citando Hudson, refletiu acerca da possibilidade de se falar em “comunidade” dentro de um contexto social moderno no qual as relações são marcadas por “alianças instáveis e temporárias”, apontando que não se deve presumir que os indivíduos realmente se conhecem ou estejam comprometidas com causas alheias<sup>334</sup>. Citando Bauman, a autora afirmou ser mais adequado supor que a abordagem restaurativa contribua para a formação de uma comunidade estética, a partir do fortalecimento, ou criação de vínculos entre as pessoas, do que pressupor que essa comunidade exista previamente à realização das práticas restaurativas, mais especificamente, dos círculos<sup>335</sup>.

---

<sup>328</sup> Ibidem, p.91.

<sup>329</sup> WALGRAVE, Lode. Op. cit., p. 68.

<sup>330</sup> Ibidem, p. 68.

<sup>331</sup> Ibidem, p. 68.

<sup>332</sup> ROSEMBLATT, Op. cit, p. 45-46.

<sup>333</sup> Ibidem, p. 54, 57.

<sup>334</sup> Ibidem, p. 54, 57.

<sup>335</sup> Ibidem, p.. 56.

Na prática brasileira, os equivalentes aos membros da comunidade são chamados de “apoiadores”. Eles correspondem às pessoas indicadas pelos envolvidos diretamente no conflito, as quais podem contribuir com a formulação de uma resposta a este (oferecendo segurança às partes, aconselhando, etc.), ou cujo relacionamento com o participante protagonista tenha sido afetado pelo conflito em questão. Não raro os apoiadores são parentes, vizinhos, ou amigos que vislumbraram o conflito, ou presenciaram suas consequências negativas para o ofendido, ou ofensor. Como a categoria comunidade é controversa, ela finda sendo representada, na prática, pelos apoiadores.

### *3.3.3 Os facilitadores: nem juízes, nem conselheiros*

Os facilitadores são assim chamados, pois sua finalidade é facilitar o diálogo entre os participantes, oferecendo-lhes um espaço seguro e democrático para a resolução da questão e através da criação de canais de comunicação saudáveis entre todos.

O facilitador, na perspectiva *reparative*, deve conduzir as dinâmicas e perguntas da abordagem mirando a celebração de um acordo de reparação. O facilitador, da linha *encounter*, só pode atuar de modo diretivo no que tange à superação das etapas da abordagem, mas não deve instigar a celebração de um acordo de reparação.

Em ambos os casos o facilitador não pode exprimir julgamentos sobre os envolvidos, muito menos aconselhá-los, afinal eles são os proprietários do conflito. Contudo, o facilitador pode participar de algumas etapas da abordagem quando se trata de círculos restaurativos e conferências familiares em especial. Ele, ou ela, podem expressar seus valores, sua opinião acerca do que consta nas perguntas de cunho abstrato, porém, quando se aborda o conflito diretamente, não cabe aos facilitadores opinar.

Como na mediação, via de regra, os facilitadores trabalham em duplas, assim podem se apoiar mutuamente em situações mais graves e oferecer uma dupla referência aos participantes, o que minimiza a chance destes desrespeitarem o ritual da abordagem por não se sentirem seguros, ou não simpatizarem com um facilitador.

Os facilitadores devem ser imparciais, mas não há como serem neutros, pois são dotados de subjetividade e, além do mais, efetivamente participam da abordagem

restaurativa<sup>336</sup>. É comum, na prática, dizer que o bom facilitador “some” do círculo restaurativo, pois, ao ser autêntico, este se confundiria com os participantes e, conseqüentemente, as regras do ritual seriam observadas sem suas intervenções. Logicamente, por serem os detentores dos roteiros, incumbe aos facilitadores realizar a transição entre eventuais etapas da abordagem.

Cabe aos facilitadores, por exemplo, **i)** acompanhar um caso até o seu desfecho; **ii)** convidar as pessoas a participarem de programa restaurativos; **iii)** explicar as características dos programas, **iv)** estudar o caso a partir das informações dadas pelos envolvidos em sede de encontros individuais prévios ao encontro coletivo; **v)** formular um roteiro básico e modificável para a condução da reunião restaurativa; **vi)** zelar pela segurança de todos e garantir que as diretrizes básicas sejam observadas, caso contrário, suspende-se a reunião.

No Brasil a profissão do facilitador não é regulamentada. Utiliza-se como referência a Lei 13.140 de 2015 (“Lei de Mediação”), a Resolução 125 de 2010 do CNJ e a Resolução 225 de 2016 do CNJ. Estes dispositivos vinculariam, normativamente, o facilitador ao dever de sigilo das informações expostas na abordagem. Ainda, a forma de remuneração dos facilitadores não está estipulada em norma alguma, de modo que a grande maioria deles são servidores judiciais, estagiários, ou voluntários.

É importante lembrar que as partes conflitantes, especialmente em casos de crimes que começam e terminam em uma situação específica, nem sempre possuem o mesmo grau de instrução, ou se expressam do mesmo modo. Diante disso, o facilitador por vezes opera como tradutor de mensagens entre os envolvidos e promotor do equilíbrio. Quando uma parte está oprimindo, humilhando, ou anulando o ponto de vista da outra, cabe ao facilitador intervir para reestabelecer a horizontalidade.

No Brasil, em virtude de uma política judicial de controle de qualidade, tem-se outorgado o “título” de facilitador àqueles que participem de capacitações promovidas por pessoas que já possuem certa experiência com a área. Os cursos variam entre uma carga horária de 40 até 60 horas e possuem um cunho essencialmente prático.

Interessante notar que, embora a JR tenha em si um viés democrático e que os chamados precursores de metodologias, como Kay Prannis, desenvolveram seus respectivos *approachs* sem capacitação formal prévia, as instituições estão se

---

<sup>336</sup> FELLEGI, Borbála; SZEGÓ, Dóra. **Handbook for Facilitating Peacemaking Circles**. Budapest (Hungary): P-T Mühely, European Commission, DG Justice, Freedom and Security, 2013, p. 15.

apropriando de tal ideal (da *trend* “Justiça Restaurativa”) e, em maior ou menor grau, decidindo quem pode, ou não, atuar como facilitador. É uma faca de dois gumes. Por um lado há a cautela de zelar pela prestação da qualidade dos serviços, por outro se restringe o âmbito de atuação de pessoas que não possuem condições de custear essas capacitações, as quais, diante da pequena carga horária, operam principalmente para outorgar o título, uma vez que um facilitador se constrói pela prática efetiva e pelo estudo que norteará a sua atuação de forma consciente.

Há louváveis ações de capacitação gratuita e massiva, como as promovidas pelo Programa “Caxias da Paz”<sup>337</sup>, da cidade de Caxias do Sul (RS), contudo, o maior desafio é o controle de qualidade *a posteriori*, pois se entrega o título de facilitador a alguém e não se sabe se o indivíduo está atuando conforme os pressupostos da JR, afinal, ele pode promover “práticas restaurativas” por conta própria sem supervisão inicial.

Tais aporias e problematizações não serão aprofundadas neste estudo, todavia, este foi um tópico oportuno para problematizar questões do gênero.

### 3.3.4 A participação dos membros das instituições em sede das práticas restaurativas

Novamente a problemática vinculada a este item depende de qual viés do escopo restaurativo o estudioso adota, o que é muito salutar para o desenvolvimento de discussões aprofundadas.

Para a *reparative theory*, a qual admite a existência de coação no que tange à celebração de um acordo de reparação, a presença de policiais, juízes, advogados e promotores é algo coerente, não apenas para representar as instituições sociais, mas para zelar pela observância de garantias do ofendido e pela legalidade das cláusulas de eventual acordo.

Na *encounter theory* a participação de agentes institucionais, vinculados a uma lógica prescritiva, contaminaria a autenticidade da experiência do círculo e recolocaria o ofendido e o ofensor em posições equivalentes a objetos de intervenção. O ritual que antes seria restaurativo, tem maiores chances de se tornar um teatro para impressionar o promotor e juiz, os quais, pela autoridade que lhes é atinente, sequestrarão o conflito

---

<sup>337</sup> BRANCHER, Leoberto. **A Paz que Nasce de uma Nova Justiça**. Porto Alegre, TJRS, 2014.

mesmo que de modo involuntário. Além do mais a presença das autoridades representa uma ofensa ao princípio da confidencialidade que deve reger a abordagem, nesta ótica.

Na referida perspectiva, o espaço do encontro deve pertencer absolutamente aos protagonistas e apoiadores, de forma que as intervenções de advogados, juízes e promotores se dá *a posteriori* sobre o conteúdo do acordo (se existir) que, em tese, materializa o consenso entre os envolvidos.

Neste quesito, também se acompanha a vertente da *encounter theory* pelas razões já apontadas de preservação da interação mais autêntica entre os envolvidos.

### **3.4 As mais notórias modalidades de práticas restaurativas**

Comumente os restaurativistas dividem as metodologias referentes às práticas restaurativas em três abordagens: **i)** a mediação vítima-ofensor, **ii)** as conferências familiares e **iii)** as práticas restaurativas circulares.

Não é o objetivo deste item se aprofundar nos detalhes de cada um dos *approachs*, especialmente porque as práticas circulares possuem uma infinidade de subcategorias as quais, se levadas ao pé da letra, são separações conceituais, em sua grande maioria, inócuas, pois cada subcategoria pode se manifestar em qualquer círculo restaurativo, principalmente se a vertente condutora for a *encounter theory*. Entretanto, diante da experiência prática do pesquisador com a modalidade circular, sendo ela seu referencial de um Modelo Restaurativo mais condizendo com a teoria anteriormente apontada, será dada especial atenção a tal modalidade a fim de clarificar as propostas realizadas no próximo capítulo.

#### **3.4.1 A mediação vítima-ofensor**

A mediação vítima-ofensor visa à aproximação entre o ofendido (ou família deste) e o ofensor, a fim de que ambos possam dialogar, tratar do conflito e celebrar um acordo restaurativo por meio do consenso.

Essa metodologia pressupõe que a pessoa que causou um dano admita, ou, ao menos, não negue sua autoria, e que todos aqueles que concordem em participar o façam voluntariamente, cientes de que sua segurança não será comprometida<sup>338</sup>.

---

<sup>338</sup> REGIO, Frederico. Op. cit., p. 32;



Em uma fase inicial pode ocorrer um encontro individual pré-mediação entre facilitadores e cada um dos envolvidos para fins de: **i)** escuta da versão de destes sobre ocorrido, **ii)** apresentação do programa e **iii)** convite à mediação. Em um segundo momento (com a anuência dos participantes) haverá o encontro face-a-face entre ambos, o qual é mediado e no qual eles podem ser encorajados a realizar um acordo restaurativo<sup>339</sup>.

A mediação também pode ser realizada mesmo sem gerar efeitos jurídicos, tendo apenas como finalidade promover a interação entre eventual ofensor e ofendido, como nos casos de realização dessa prática em fase de execução penal<sup>340</sup>.

Essa mediação, como se pode aferir, possui um cunho mais diretivo, a divisão de fala é feita mediante critérios estipulados pelos facilitadores e há maior fluência do diálogo com menor rigor ritualístico.

### 3.4.2 A Conferência Familiar

Tal modelo é originário da Nova Zelândia e é tipicamente aplicado para conflitos que envolvem adolescentes em conflito com a lei.

Baseadas no instituto do “*reintegrative shaming*”<sup>341</sup>, as conferências familiares podem implicar no “constrangimento” do jovem ofensor perante sua família ao passo que esse, à medida que é responsabilizado pelo ofendido, ou pela família deste, perceberia a gravidade de seus atos<sup>342</sup>.

Os familiares do jovem, ao tomarem ciência dos fatos sob a perspectiva do ofendido, tenderiam a censurar o ofensor e o “*shaming*” resultaria da manifestação desta reprovação. Isso possibilitaria ao jovem reconhecer que “errou” e, portanto, que deve reparar o dano (ainda que simbolicamente). Há influência da *reparative theory* nesta formulação.

Após as reuniões, a família do ofensor (em conjunto com este) possui um período para formular o programa de reparação/retratação que seria cumprido por este em benefício da pessoa lesada. Realizadas as considerações pelo ofendido, ou a família

---

<sup>339</sup> Ibidem, p. 32-33

REGGIO, Federico. Op. cit., p. 31-33.

<sup>341</sup> BRAITHWAITE, John. **Reintegrative Shaming**. Camberra: Australian National University, 2000.

<sup>342</sup> REGGIO, Frederico. Op. cit., p. 34-36.

deste, e aprovado o acordo pelo MP e o Judiciário, caso exista processo judicial, o plano é validado e inicia-se a sua execução<sup>343</sup>.

Essa abordagem também pode ser usada quando não existe propriamente um conflito, sendo aplicável em situações as quais os familiares reconheçam uma situação de desestruturação no âmbito familiar, de modo que estes e, se necessário, as instituições que podem auxiliá-los, se reúnam. Tal reunião teria como finalidades, por exemplo, oportunizar a reflexão acerca das causas da desestruturação, a elaboração de planos de ação, ou a estipulação de metas para nortear a resolução do problema.

As conferências, via de regra, contam com a presença de agentes institucionais, o que colabora para a promoção da “*shame*”. Reggio adenda, contudo, que tais conferências nem sempre são adequadas para casos envolvendo ofensas entre adultos visto que os efeitos da *shame* seriam menores, pois também seria menor a influência familiar sobre um adulto<sup>344</sup>.

### 3.4.3 Práticas Restaurativas Circulares

Centrada na estrutura circular, a geografia dos círculos simboliza a inexistência de hierarquia entre os participantes e a existência de responsabilidades conjuntas para com o conflito<sup>345</sup>. Essa modalidade conta com a participação de mais sujeitos, membros da “comunidade”, da família, e, a depender do programa, membros das instituições<sup>346</sup>.

Há quem nomeie cada círculo de acordo com o objetivo que ele se propõe a atingir, mas, como já observado, essa vasta nomenclatura visa produzir efeitos de especificidade que, na prática, apenas demarcam momentos de um círculo, não necessariamente os diferenciando na essência.

Feito tal porém, escolheu-se tratar dos chamados Círculos de Construção de Paz, mas se reconhece que esta é uma questão de referência, pois tais círculos podem culminar na construção de uma “sentença”, visam a promoção da restauração de vínculos e permitindo a ocorrência de várias reflexões. Não por isso serão chamados de “Círculos de Construção de Paz, Sentença, Reflexões, Vínculos, etc.”, Círculos de Construção de Paz é a designação oferecida por Kay Pranis e Carolyn Boyes-Watson

---

<sup>343</sup> Ibidem, p. 34-36.

<sup>344</sup> REGIO, Frederico. Op. cit., p. 36.

<sup>345</sup> Ibidem, p. 36.

<sup>346</sup> Ibidem, p. 38-39.

em sua obra<sup>347</sup> que influenciou a forma de realização de práticas restaurativas no Sul do Brasil.

Essa abordagem pode ter finalidades restaurativas, mas abarca também uma gama maior de situações não conflitivas, como reflexões coletivas sobre temas específicos<sup>348</sup>.

Os Círculos de Construção de Paz são a uma adaptação das reuniões comunitárias realizadas pelos povos indígenas norte-americanos, como os aborígenes canadenses<sup>349</sup>.

Com as adequações de Kay Pranis o modelo passou a servir como instrumento específico voltado à criação e/ou fortalecimento vínculos, afinal, diferentemente das tribos, nas quais as pessoas estão sempre interagindo, atualmente os vínculos entre os indivíduos tendem a ser mais frágeis, ocasionais e tópicos<sup>350</sup>. Por isso, via de regra, os Círculos de Construção de Paz têm como enfoque inicial trabalhar pontos em comum entre os participantes, possibilitando que os mesmos apresentem seus valores e criem diretrizes de conversação para consolidar uma identidade de grupo.

A proposta de Pranis sofreu alterações para operar como uma prática restaurativa circular no Brasil. Tais círculos foram adaptados com o objetivo primário de possibilitar a criação de canais de comunicação entre partes envolvidas em um conflito e, a partir disso, resultar no empoderamento e protagonismo dos envolvidos na formulação de uma resposta.

Sendo regidos pelo princípio da criatividade, os círculos se adaptam às peculiaridades do caso concreto, mas possuem um cerne básico a partir do qual os facilitadores o moldam.

Antes da realização do círculo há a fase pré-círculo na qual dois facilitadores, que organizarão a abordagem, encontram-se em conjunto com cada indivíduo que supostamente estaria envolvido na questão conflitiva, escutam sua versão dos fatos, indagam sobre seus sentimentos, expectativas e necessidades, apresentam a proposta, suas diretrizes e, por fim, realizam um convite para a pessoa participar. O participante, por fim, poderá indicar apoiadores para participar do círculo.

---

<sup>347</sup> PRANIS, Kay; BOYES-WATSON, Carolyn. **No Coração da Esperança**: guia de práticas circulares. Porto Alegre: Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, 2011.

<sup>348</sup> Ibidem, p. 9-10.

<sup>349</sup> PINTO, Renato Sócrates Gomes. Op. cit., p. 28.

<sup>350</sup> ROSEMBLATT, Fernanda. Op. cit., 54,57.

Havendo a adesão dos participantes na fase pré-círculo, ou mesmo se apenas um delas aderir e desejar passar pela experiência meramente para fins reflexivos, prossegue-se para a fase do círculo.

As etapas basilares de tais círculos seriam: **i)** cerimônia de abertura; **ii)** apresentação do objeto da palavra; **iii)** validação de sentimentos; **iv)** geração de valores, **v)** apresentação e reflexão sobre diretrizes, **vi)** dinâmicas e perguntas norteadoras, **vii)** debate acerca de termos de eventual acordo; **viii)** validação de sentimentos; **ix)** cerimônia de encerramento.

A sessão de abertura tem como função introduzir, de forma mais, ou menos sutil, a questão central que se pretende trabalhar no círculo. Ela também opera para reduzir a ansiedade dos participantes no intuito de que estes se sintam mais confortáveis para interagir. Inicia-se então a quebra da barreira dos receios e a consolidação de um ambiente seguro. Pode-se articular tal fase mediante a leitura de textos, ou pela exposição de vídeos que remetem à questão conflituosa e às necessidades apontadas na fase pré-círculo.

A apresentação do objeto da palavra (*talking piece*)<sup>351</sup> é fundamental, pois é este que possibilitará a comunicação, regrada e ritualizada, dos presentes. O objeto deve remeter a um ponto relevante que toca a questão a ser tratada no círculo, portanto, ele deve possuir um valor simbólico para os participantes. Quem empunha o objeto detém o poder da fala e tem ciência de que será escutado pelos demais. O objeto, por sua vez, passará de pessoa a pessoa, dando a cada uma a mesma oportunidade de fala, ou de silêncio, e cada vez que ele voltar às mãos de um facilitador (após percorrer todo o círculo), iniciar-se-á uma nova rodada. A passagem do objeto entre os participantes cria um fluxo o que remete a uma primeira regra organizacional com a qual o grupo se identifica.

Sobre a validação de sentimentos (*check in*) e geração de valores, para que os envolvidos no círculo se vinculem, é importante o estabelecimento de “lugares-comuns”, ou seja, de pontos que permitam aos presentes se identificarem uns com os

---

<sup>351</sup> Para Fellegi e Szegó, o uso do objeto da palavra é um dos fatores principais que diferencia o círculo de construção de paz das conferências familiares, sendo que na mediação e nestas, faz-se perguntas específicas para determinadas pessoas do grupo, enquanto a dinâmica do círculo seria mais reflexiva e lenta, permitindo aos envolvidos pensar por mais tempo antes de reagir. Em: FELLEGI, Borbála; SZEGÓ, Dóra. Ob. cit, p. 14.

outros e vivenciarem uma experiência de alteridade que tenda a gerar empatia<sup>352</sup>. Na validação de sentimentos, cada um expressa o que está sentindo no momento verbalizando uma palavra e, na fase seguinte, (geração de valores), os participantes escrevem em papéis valores pessoais que possuem e que gostariam que fossem observados.

Após a apresentação dos valores, os participantes depositam o papel no centro do círculo, que representa o “lugar comum” de todos e é decorado com objetos que aludem a questões pertinentes a cada um, ou à totalidade do grupo (no caso de existência prévia de uma identidade coletiva). Tais fases são cruciais para a instigação da compreensão entre os participantes, afinal é a partir delas que estes conhecem os “sentimentos” e “valores” dos demais e podem ter acesso a sua complexidade.

A apresentação e a geração de diretrizes variam dependendo do facilitador que formula a dinâmica, contudo, a **i) voluntariedade**, **i) a confidencialidade** e a **ii) horizontalidade** são princípios que necessariamente devem ser observados em qualquer Círculo de Construção de Paz. Elas serão descritas no item seguinte.

Diante da influência de Marshall Rosenberg<sup>353</sup>, a comunicação-não violenta e a escuta ativa também são constantemente utilizadas como diretrizes operacionais, da mesma forma como o respeito ao objeto da palavra.

As perguntas norteadoras são questionamentos adequados à promoção da reflexão acerca do conflito e deverão ser formuladas com cuidado para evitar que se agravem os danos causados pelas ofensas que originaram o círculo. Na forma dos círculos restaurativos já facilitados pelo pesquisador, as perguntas não iniciam abordando diretamente o conflito, porque se faz necessário que os presentes se ambientem, reflitam e conheçam melhor a visão dos demais antes de se tratar do conflito.

Pela razão anterior, nos círculos facilitados pelo pesquisador, as perguntas e dinâmicas se relacionam, inicialmente, de forma indireta com a questão, ou seja, a lógica inicial do círculo é dedutiva, partindo-se de questões abstratas, relacionadas ao conflito até se atingir um nível de fortalecimento de vínculos e empatia que torne viável

---

<sup>352</sup> Para Kay Pranis, a Empatia corresponde à habilidade de sentir os estados internos dos outros sintonizando-se com suas emoções e reconhecendo suas necessidades e desejos a partir do próprio ponto de vista da pessoa com a qual se pretende interagir. Em: PRANIS, Kay; BOYES-WATSON, Carolyn. Op. cit., p. 271.

<sup>353</sup> ROSENBERG, Marshall B.. **Comunicação não-violenta: técnicas para aprimorar relacionamentos pessoais e profissionais**. São Paulo: Ágora, 2006.

a interação salutar dos envolvidos para tratar do problema. A partir de então a lógica torna-se indutiva, parte-se dos elementos oriundos dos debates para se chegar a uma conclusão.

Havendo, ou não, a celebração de acordo restaurativo, prossegue-se para a validação de sentimentos (*check out*) nos mesmos moldes do *check in* e então para a cerimônia de encerramento, que remete a uma ideia de finalização do círculo específico.

Os Círculos de Construção de Paz, em sua concepção original, pretendem trazer para a tratativa do conflito a “comunidade” (representada pelos apoiadores), a qual supostamente contribuiria como fiscal informal de eventual acordo restaurativo e auxiliaria as partes a cumpri-lo.

Os facilitadores também partilham suas experiências, visões e valores antes da segunda parte da fase dedutiva das perguntas norteadoras, na qual é abordado o caso concreto. Nessa senda, o método da “contação de histórias” faz com que os facilitadores “se exponham” no círculo, aproximando-se dos participantes e impedindo que a atmosfera do ambiente se torne formal, garantindo-se assim a horizontalidade entre os facilitadores e os envolvidos na questão conflituosa.

Por fim, caso seja celebrado um acordo, serão estipulados prazos de cumprimento para cada cláusula. Findado o termo destes prazos, os participantes do primeiro círculo se reencontrarão em um pós-círculo para verificação do cumprimento do acordado e para averiguar a necessidade de alterações das cláusulas.

### **3.5 Princípios reitores das práticas restaurativas**

As práticas restaurativas contam com diretrizes e princípios a fim de que elas possam ser distinguidas das demais abordagens que recorrem ao diálogo. Embora os princípios possam variar a depender da metodologia adotada, propõem-se a divisão destes em **i)** princípios de perspectiva e **ii)** princípios de matriz operacional.

Os princípios de perspectiva tratam das bases valorativas regentes dos encontros restaurativos. Os princípios de matriz operacional tratam da forma como as interações entre participantes ocorrerão.

Como observado no item anterior, a metodologia enfoque desta Monografia será a circular nas bases da perspectiva da *encounter theory*, de maneira que, quando se tratar de diretriz principiológica que se aplique, via de regra, somente aos círculos restaurativos ou à teoria em questão, tal ressalva será expressa.

### 3.5.1 Dos princípios de perspectiva

O primeiro princípio é o **empoderamento dos envolvidos no conflito**. Sua finalidade é garantir que todos os envolvidos no caso tenham voz ativa e ocupem uma relevância de primeiro plano na formulação de uma resposta adequada a esse.

A **voluntariedade**, por sua vez, provém do primeiro princípio. O empoderamento dos envolvidos começa com o reconhecimento de seu direito de escolha em participar, ou não, das práticas restaurativas. É um princípio que vigora durante todas as fases do *approach* restaurativo, pois não se pode preservar um diálogo sincero e autêntico se há a obrigatoriedade da conversa. Esse princípio é a base da *encounter* e da *transformative theory*.

O terceiro, e a partir daqui a ordem não importa, é o princípio da **confidencialidade**, o qual garante o sigilo das informações expressadas em qualquer fase da abordagem, impedindo que estas sirvam como prova em eventuais processos<sup>354</sup>. Esse princípio incide inclusive sobre os facilitadores e admite relativização havendo consenso entre os envolvidos acerca da publicidade de alguma informação. Sua finalidade é preservar a intimidade de todos e zelar pela espontaneidade e autenticidade dos diálogos.

O quarto princípio é o da **horizontalidade**, que faz remissão à inexistência de hierarquia dos participantes entre si e destes em face dos facilitadores.

Por fim, como um fundamento dos fundamentos, há a **necessidade de interação dialógica** entre os envolvidos. Antes de um princípio, tal fator é um pré-requisito lógico para a ocorrência de uma prática restaurativa. O diálogo não precisa ser obrigatoriamente direto. Existem casos em que ele se dá por cartas, pois os participantes não concordam em se encontrar face a face. Assim, a JR apenas faz sentido quando há interação entre os participantes e o diálogo é o meio para sua efetivação.

---

<sup>354</sup> O art. 30 da Lei de Mediação estipula que o conteúdo da mediação será confidencial, não podendo ser revelado em processo judicial, ou arbitral, salvo se as partes expressamente decidirem, ou se o cumprimento do acordo assim o exigir. Em: BRASIL. **Lei nº 13.140, de junho de 2015**. Distrito Federal: Congresso Nacional, 2015. O princípio da confidencialidade, no âmbito das abordagens restaurativas, também está previsto no art. 2º, *caput*, da Resolução 225 de 2016 do CNJ. Em: BRASIL. **Resolução 225, de 31 de maio de 2016**. Distrito Federal: Conselho Nacional de Justiça, 2016.

### 3.5.2 Dos princípios operacionais:

As diretrizes principiológicas operacionais são mais variáveis, tendo maior dependência do perfil do programa.

Sobre a **comunicação não-violenta**, baseada na expressão de sentimentos, necessidades e expectativas sem a emissão de juízos de valor<sup>355</sup>, essa opera como princípio reitor da forma de interação entre os envolvidos. Pressupõe-se que um estilo de emissão de mensagens do gênero permite que todos captem o conteúdo da expressão de cada um de maneira receptiva, compreendendo-se claramente os anseios e as perspectivas do interlocutor. Uma comunicação agressiva, nessa senda, é encarada como inviabilizadora do diálogo e rompedora de vínculos, destoando da JR.

A **escuta ativa**, por sua vez, remete à atenção que se deve dirigir à fala de outrem, justamente para a identificação de seus sentimentos, necessidades e expectativas no âmbito do conteúdo da fala<sup>356</sup>. É um princípio complementar à comunicação não-violenta.

Por fim, adota-se, especialmente em sede de círculos restaurativos, o **Respeito ao objeto da palavra** como diretriz que ressalta a importância de tal elemento na dinâmica.

## 3.6 Ponderações quanto às propostas de Modelos Restaurativos de Justiça

É inevitável propor a adoção da JR em sede institucional sem transitar pela temática dos Modelos Restaurativos de Justiça. Como no caso das perspectivas referentes às finalidades das práticas restaurativas, a doutrina não é uníssona. Mais além, cada uma das teorias detalhadas anteriormente influenciou as características dos modelos que serão descritos a seguir.

O presente item é de suma importância para a delimitação dos assuntos a serem discutidos no próximo capítulo, porque seu conteúdo permitirá ao pesquisador averiguar possíveis formas de interação da JR com o sistema de justiça convencional.

---

<sup>355</sup> ROSENBERG, Marshall B.. Op. cit., 21-22.

<sup>356</sup> Embora não use exatamente o termo “escuta-ativa”, Rosenberg trata de um conceito referente a uma forma de escuta empática, focada na percepção dos sentimentos e necessidades do interlocutor, a qual foi tomada como referência para a formulação da diretriz da escuta ativa nos círculos realizados no Sul do Brasil. Em: ROSENBERG, Marshall B.. Op. cit., 137-138.



Observa-se que a JR está se desenvolvendo em um contexto socioeconômico de exclusão e ainda fortemente punitivista<sup>357</sup>. Além disso, para Declan Roche, o idealismo restaurativo desconsidera uma gama de sentimentos e angústias atávicas ao ser humano, de modo que essa inocência arriscaria reproduzir justamente o que a JR visa combater<sup>358</sup>. Para garantir o controle do risco de contaminação da JR e zelar pela coerência do *approach* restaurativo, o autor propõe a inclusão da *public and deliberative accountability* como direcionamento das práticas restaurativas<sup>359</sup>.

O termo *accountability*, no sentido clássico, designa a obrigação de explicar ou justificar um comportamento ou decisão, ele também faz alusão à concordância com critérios padrões e valores provenientes de tal obrigação, de forma que a pessoa deve responder (*to account*) quando os desrespeita (que pode ser um dever de reciprocidade, pacto de não-agressão, respeito mútuo, etc.)<sup>360</sup>.

Para Roche é crucial que os programas de JR prestem contas sobre seus critérios de condução, bem como justifiquem a razão de sua estruturação como tal e da formulação dos acordos resultantes das abordagens restaurativas, a fim de se verificar se os direitos de todos estão sendo respeitados<sup>361</sup>. Defende-se então um dever de *accountability* por parte dos projetos de JR para com a população e para com as instituições em relação à sua operacionalização.

A *accountability* limitaria o espaço entre promessas e performances práticas das abordagens restaurativas, garantindo formas de salvaguardar procedimentalmente as propostas. Dentre as medidas em questão, Roche exemplifica as seguintes determinações esperadas de projetos baseados na *accountability*: **i)** as pessoas com poder decisório explicarão o porque de sua decisão; **ii)** a decisão deve ser fiscalizável e a obrigação de prestar contas reforçada formal, ou informalmente; **iii)** a *accountability* (dever de justificar) pode ser o limite da obrigação do participante, ou incluir também o dever de seguir orientações do fiscalizador do acordo; **iv)** o processo de prestação de contas/justificação pode ocorrer durante ou depois da tomada da decisão<sup>362</sup>.

Roche afirma que a forma de *accountability* nas práticas restaurativas é de natureza deliberativa, uma vez que os participantes definem o que é relevante para a

---

<sup>357</sup> ROCHE, Declan. Op. cit., p. 18.

<sup>358</sup> Ibidem, p. 3.

<sup>359</sup> Ibidem, p. 3.

<sup>360</sup> Ibidem, p. 41-43.

<sup>361</sup> Ibidem, p. 19-20.

<sup>362</sup> Ibidem, p. 58.

prestação de contas de um para com o outro, de maneira que se oportunizaria uma retratação inclusiva (que não provoca a exclusão o ofensor), motivada, sensível, pública, interativa e independente<sup>363</sup>.

Para que a *deliberative accountability* ocorra, o autor estipula critérios a serem seguidos pelo Modelo de JR adotado: **i)** a participação no programa deve ser voluntária e os ofensores devem ser avisados acerca da possibilidade de julgamento por um fórum diverso do proponente, caso ele decida por não participar; **ii)** a base de qualquer decisão é o consenso e caso o ofensor descumpra com o acordo, agindo de boa-fé, conforme apontem as investigações do fórum alternativo, isso não influenciará sua pena; **iii)** as reuniões não devem ser longas; **iv)** o Estado deve garantir a inclusão de pessoas de diversos segmentos sociais em projetos de JR e zelar pelo atendimento de todos; **v)** os encontros devem permitir que as pessoas se expressem de modo confortável<sup>364</sup>.

Quanto à influência estatal no Modelo de *Accountability*, Roche adenda que o promotor de justiça poderia participar dos encontros restaurativos, pois representa o interesse público, e que os limites mínimo e máximo dos termos de um acordo resultante da abordagem seriam, respectivamente, a consideração da segurança pública e o respeito aos direitos humanos<sup>365</sup>. O juiz fiscalizador deve admitir os excessos ou branduras nos acordos se seus termos estiverem dentro dos limites indicados, caso contrário, os participantes devem ser convidados a revisar as cláusulas sob a luz das ponderações do magistrado<sup>366</sup>. Apenas se o convite for declinado o juiz a promoverá alterações unilaterais no acordo<sup>367</sup>.

Andrew Von Hirsch, Andrew Ashworth e Clifford Shearing, por sua vez, criticam a ambiguidade dos objetivos comumente vinculados às práticas restaurativas, como: a cura do conflito, a responsabilização do ofensor, a restauração de vínculos, etc.<sup>368</sup>. Os autores adendam que mesmo o uso de critérios objetivos tais como “satisfação dos participantes” e “redução de taxas de reincidência” não são satisfatórios

---

<sup>363</sup> ROCHE, Declan, Op. cit., p. 7, 121.

<sup>364</sup> Ibidem, p. 121-122.

<sup>365</sup> Ibidem, p. 5, 234-235

<sup>366</sup> Ibidem, p. 4-5.

<sup>367</sup> Ibidem, p. 5.

<sup>368</sup> VON HIRSCH, Andrew; ASHWORTH, Andrew; SHEARING, Clifford. **Specifyng Aims and Limits for Restorative Justice:** a “Making Amends Model? Em: VON HIRSCH, Andrew; ROBERTS, Julian V.; BOTTOMS, Anthony; ROACH, Kent SCHIFF, Mara. **Restorative Justice and Criminal Justice:** competing or reconciliable paradigms? Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, p. 21- 39, 2003, p. 22.

para avaliar programas de JR, uma vez que o paradigma não se propõe atender a estes fins<sup>369</sup>.

Para corrigir ambos os equívocos, os autores propõem o “*Making Amends Model*” (modelo de reparação), baseando-se nos pressupostos da *reparative theory*. O modelo em questão apregoa a necessidade de reconhecimento implícito, ou explícito, pelo ofensor sobre a responsabilidade pela ofensa e então o seu posterior comprometimento quanto à realização de tarefas restaurativas exercidas em benefício da vítima para se reparar o mal causado<sup>370</sup>. Se reconhece que a dano cometido não desaparece, mas que o ofensor buscaria atender aos interesses da vítima<sup>371</sup>.

Sendo a vítima, na ótica em questão, aquela cujas necessidades merecem maior atenção, visto o dano que sofreu, admite-se que o acordo tenha natureza de sanção reparativa, sendo uma imposição sobre o ofensor, pois, caso ele não concorde com os termos, enfrentará uma sentença penal<sup>372</sup>. Essa ressalva é importante para o modelo em questão, diante do fato de que a eminência de eventual sanção penal mais severa do que os termos de um acordo, na linha descrita, não descaracteriza a imposição deste, diante da “voluntariedade” na participação do programa<sup>373</sup>.

Trata-se de um Modelo de JR com um enfoque praticamente absoluto sobre o ofendido, sendo uma proposta de complementariedade funcional ao sistema penal. Ora, o *Making Amends Model*, operaria conjuntamente ao judiciário, possibilitando a transfiguração da pena em um acordo celebrado entre ofendido e ofensor. Nessa linha, a sombra do processo penal pairaria sobre a JR e comprometeria a autenticidade do diálogo, de modo que a voluntariedade seria irrelevante para os fins de garantir experiência de alteridade. No mais, os próprios autores reconhecem que, em tal modelo, há a negociação do pedido de desculpas e do fardo a ser carregado pelo ofensor, sendo tal negociação baseada em critérios de avaliação moral da conduta ofensiva<sup>374</sup>.

Como limites para os termos dos acordos, os autores sugerem o teor de decisões judiciais em casos semelhantes, a fim de se preservar a proporcionalidade, o que

---

<sup>369</sup> VON HIRSCH, Andrew; ASHWORTH, Andrew; SHEARING, Clifford. Op. cit., p. 23.

<sup>370</sup> Ibidem, p. 26.

<sup>371</sup> Ibidem, p. 26.

<sup>372</sup> Ibidem, p. 27, 31.

<sup>373</sup> Ibidem, p. 27.

<sup>374</sup> Ibidem, p. 31.

evidencia ainda mais o uso da JR para complementar a função sancionatória do sistema penal, pois este estaria constantemente exercendo influência sobre ela<sup>375</sup>.

A mesma lógica de complementariedade estrutural é vislumbrada no Modelo Maximalista de Walgrave, cuja base é a aplicação da lógica *reparative* interiormente ao sistema de Justiça Penal no intuito de que a restauração se apresente como nova modalidade de compreensão do crime<sup>376</sup>. Neste modelo os processos judiciais e sanções são considerados de maneira restaurativa, imiscuindo-se a JR em todos os âmbitos do sistema de justiça de maneira a orientá-lo para a promoção da restauração, a qual se confundiria com a reparação<sup>377</sup>. Altera-se a sanção punitiva para uma sanção restaurativa, cujo objetivo é determinar aos ofensores a reparação do dano causado.

Esse modelo serviu para inspirar os dois anteriormente citados, razão pela qual todos utilizam conceitos semelhantes e operam a partir da complementariedade funcional.

A reparação, se necessária, deve ser coercitiva para se evitar eventual descumprimento, o que poderia causar mais danos à vítima<sup>378</sup>. A coerção e restauração não são incompatíveis para Walgrave, devendo esta observar garantias processuais legais para minimizar os riscos das abordagens informais e garantir a efetiva conciliação entre o sistema penal e Já R, permitindo-se então substituição desse por esta<sup>379</sup>.

Walgrave pondera que tanto a punição tradicional quanto a JR buscam comunicar desaprovação, mas de formas e com fins diversos<sup>380</sup>. Em uma corte criminal, a mensagem de desaprovação parte do judiciário e é direcionada, ou, ao menos, compreendida de melhor maneira pelos cidadãos que presenciam o rito, ou ouviram falar dele<sup>381</sup> (noção de prevenção geral da pena). Na JR essa desaprovação é comunicada pelos próprios envolvidos no conflito e para o ofensor<sup>382</sup>.

O maximalismo propõe um modelo de intervenção pública focado na restauração da segurança, dos direitos e das liberdades, almejando a promoção da harmonia social<sup>383</sup>. A intervenção deve demonstrar esse respeito por direitos e liberdades em sede da formulação da decisão adequada para o caso, permitindo a

---

<sup>375</sup> VON HIRSCH, Andrew; ASHWORTH, Andrew; SHEARING, Clifford. Op. cit., p. 31.

<sup>376</sup> REGGIO, Federico. Op. cit., 114.

<sup>377</sup> WALGRAVE, Lode. Op. cit., p. 62.

<sup>378</sup> REGGIO, Federico. Op. cit., 115-116.

<sup>379</sup> Ibidem, p. 116.

<sup>380</sup> WALGRAVE, Lode. Op. cit., p. 65.

<sup>381</sup> Ibidem, p. 65.

<sup>382</sup> Ibidem, p. 65.

<sup>383</sup> Ibidem, p. 73.

participação ativa do ofendido e do ofensor para tanto<sup>384</sup>. Haveria, portanto, uma combinação entre processo informal e formal, permitindo-se o controle deste por autoridades que zelem pelas garantias e culminando na sanção restaurativa da ação criminosa com o intuito de promover a reintegração social do ofendido e do ofensor<sup>385</sup>.

Citando von Hirsch, Walgrave descreve a punição (pena) como a inflicção intencional de dor através de um tratamento severo sobre um ofensor devido ao cometimento de uma conduta reprovável<sup>386</sup>. A sanção restaurativa, entretanto, não é uma punição, pois não pretende produzir dor de maneira intencional e, enquanto a punição é um meio de comunicar desaprovação, a restauração é um objetivo de reparação<sup>387</sup>.

Esse sistema maximalista, para operar conforme a teoria, deve ser de fácil acesso voluntário para produção de respostas informais ao crime, bem como explorar diversas formas de negociação<sup>388</sup>. O maximalismo admite que sejam realizadas práticas restaurativas em sede do judiciário, mas relativiza grande parte dos princípios anteriormente apontados em prol da eficácia na promoção da reparação. Essa reparação seria atingida, via de regra, através de atos do ofensor.

Assim como os termos do acordo podem ser impostos, a participação nos programas de JR da vertente maximalista também podem, sob a justificativa de que a voluntariedade não é um fim em si mesmo, mas um meio para maximizar a qualidade de uma possível restauração<sup>389</sup>. Apesar de reconhecer que a voluntariedade é mais coerente com a JR, a imposição de restauração também seria admitida para que o dano causado ao ofendido possa ser minimizado e a *reparative theory* influencie todo o aparato jurisdicional no que concerne à tutela de conflitos<sup>390</sup>.

O viés maximalista se preocupa em promover ao máximo a JR e atingir o ideal comunitarista a partir da democratização do espaço institucional jurisdicional e da observância de garantias<sup>391</sup>. Reggio toma a proposta maximalista como mais factível de realização, porque os programas restaurativos, via de regra, nascem dentro dos

---

<sup>384</sup> WALGRAVE, Lode. Op. cit., p. 73.

<sup>385</sup> Ibidem, p. 73.

<sup>386</sup> Ibidem, p. 63.

<sup>387</sup> Ibidem, p. 64.

<sup>388</sup> Ibidem, p. 75.

<sup>389</sup> Ibidem, p. 62.

<sup>390</sup> Ibidem, p. 62.

<sup>391</sup> Ibidem, p. 76.

esquemas jurídicos institucionais<sup>392</sup>. Para o italiano, o Modelo Maximalista ressignifica a lógica do sistema penal para a reparação, substituindo a pena por esta<sup>393</sup>.

Contrapondo-se ao maximalismo, há o Modelo Purista proposto por Paul McCold, o qual é vinculado à *encounter theory*. O autor defende que um Modelo Restaurativo de Justiça seria mais puro na medida em que não interagisse com a Justiça Institucional, pois seus princípios não seriam infectados pela lógica sistêmica<sup>394</sup>.

Diferente do modelo anteriormente descrito, o purista é operacionalizado a partir de uma lógica de complementariedade estrutural ao judiciário. Nessa senda, ele não opera na lógica prescritiva sancionatória e é independente do processo penal e do juiz, fornecendo uma opção alternativa de se abordar a ofensa a partir de um viés puramente restaurativo, sem o compromisso de influenciar no *modus operandi* jurisdicional e sem ser condicionado por este. Seriam basicamente programas e núcleos de JR financiados, ou não, pelas instituições, com o compromisso de fornecer uma experiência de restaurativa e de alteridade legítima, sem forçar ninguém a participar dela.

McCold rejeita a possibilidade de sanções restaurativas, apontando que admitir essa quimera conceitual implicaria em tornar a JR uma proposta de punição alternativa e não, como se pretende, uma forma alternativa de censura<sup>395</sup>.

Como elementos essenciais do Modelo Purista McCold aponta: **i)** a participação voluntária e a cooperação mútua como elementos chave da JR<sup>396</sup>; **ii)** o consenso sobre o teor central da questão conflituosa referente ao conteúdo fático do caso; **iii)** a ideia de justiça como satisfação das necessidades individuais; e **iv)** a formulação de uma solução (resposta ao caso) dentro um modelo informal e flexível de justiça<sup>397</sup>. A solução proveniente das práticas restaurativas, vinculadas à lógica purista, seriam atingidas somente a partir do consenso entre os participantes, os quais contariam com o apoio dos facilitadores para ponderar quanto à proporcionalidade e a razoabilidade do que for estipulado em um acordo.

Estes seriam, basicamente, as propostas mais notórias de Modelos Restaurativos de Justiça, sendo as raízes das variações os Modelos Purista, que pretende a

---

<sup>392</sup> REGGIO, Federico. Op. cit., p. 115-117.

<sup>393</sup> Ibidem, p. 118-119.

<sup>394</sup> Ibidem, p. 110.

<sup>395</sup> WALGRAVE, Lode. Op. cit., p. 63.

<sup>396</sup> Ibidem, p. 63.

<sup>397</sup> REGGIO, Federico. Op. cit., p. 111.

conservação do núcleo principiológico da *encounter theory*, e o Maximalista, cujo intuito é promover a maior incidência possível da lógica da *reparative theory*,

## **CAPÍTULO IV - CONSIDERAÇÕES SOBRE A VIABILIDADE DE DESENVOLVIMENTO DE UM MODELO RESTAURATIVO DE JUSTIÇA QUE TUTELE CASOS PENAIIS**

### **4. 1 Entre o maximalismo e o purismo: um esforço para minimizar incoerências**

De acordo com as reflexões do capítulo anterior, o posicionamento da pesquisa fora tomar a perspectiva da *encounter theory* como mais coerente com o que se entende por JR e práticas restaurativas.

Considerando as origens comunitárias das atuais formas institucionais dialógicas de se responder ao conflito, reduzir a complexidade das práticas restaurativas à imposição de reparação por meio atos simbólicos, prestação de serviços, ou indenizações destoa da pacificação social que se visava atingir por meio do fortalecimento de vínculos relacionais.

Em uma ampla gama de casos penais inexistente vínculo prévio entre o suposto ofensor e ofendido, porém, não é uma suposição infundada que, igualmente em um considerável rol destes casos as relações familiares, e afins, do ofendido são afetadas pelas consequências traumáticas da ofensa. Tomando essa premissa como provável, em episódios como este a *encounter theory* ainda faz mais sentido do que o modelo maximalista proveniente da *reparative theory*.

Poder-se-ia, como já foi feito, afirmar que o Modelo Restaurativo Purista é anacrônico e pressupõe comportamentos e efeitos do crime que nem sempre são visualizados na realidade. O anacronismo relativo à consideração de laços comunitários é uma ressalva válida para a adaptação do modelo. Evidentemente, a grande maioria dos relacionamentos humanos contemporâneos não se baseiam em vínculos perenes, rígidos e essenciais à sobrevivência como em comunidades tribais. Contudo, há que se considerar que a figura comunitária opera como um ideal a ser construído a partir das interações em sede de práticas restaurativas, sendo a “comunidade afetada” simbolizada pelos apoiadores indicados pelos indivíduos envolvidos no caso penal. Esses apoiadores, seja por acompanhar o cotidiano de cada envolvido, seja pela empatia em relação aos sentimentos deste, não deixam de ser indiretamente afetados pela questão.

Sobre a pressuposição de efeitos da conduta ofensiva e das necessidades dos envolvidos, é indubitável a existência de situações na qual a vítima quer apenas uma reparação sem ter interesse em saber acerca das razões dos atos do ofensor, ou mesmo



sobre a história deste. Para um Modelo Purista isso não seria problema, afinal, havendo a concordância entre ambos os indivíduos a se encontrarem face a face de acordo com as diretrizes das práticas restaurativas expostas, nada impede que consensualmente eles optem por usar o espaço restaurativo para negociar uma reparação.

Uma medida de reparação tende a ser o desfecho de uma prática restaurativa desenvolvida em conformidade com a *encounter theory*, especialmente de um círculo restaurativo. Se as pessoas em diálogo chegam à compreensão das dimensões da ofensa e de suas causas, não raro é celebrado um acordo para fins de minimizar o que ocorreu. Como este acordo é proveniente do consenso, a tendência é que ele seja espontaneamente cumprido e fiscalizado também informalmente por aqueles que o formularam. A discordância entre os modelos se dá especialmente quanto à imposição da reparação e da participação do ofensor.

Em um Modelo Maximalista, quando o ofendido anui em participar, ele e o ofensor são encaminhados para facilitadores que conduzirão a prática restaurativa, a qual contará com a presença dos agentes institucionais como fiscais e, certamente, com a pressão para a celebração de um acordo. Caso o ofendido não deseje se encontrar face a face com o seu ofensor, esse informará à corte o que deseja como reparação e, se isto for juridicamente viável e proporcional, será determinada pelo juiz a sua realização por parte do ofensor. Na eventualidade da dita vítima não desejar a reparação, mas somente a sanção em face do ofensor, a corte talvez o sancionasse (“restaurativamente”) a reparar seu feito através de prestações de serviços comunitários de teor vinculado à natureza de sua ofensa.

A imposição da participação do ofensor parece não ser incoerente com as raízes da JR quando se remete aos encontros tribais, afinal um desordeiro não teria efetivamente escolha ao participar das rodas de debate orquestradas para a formulação de respostas coletivas a sua ofensa. Um membro que não respeitasse as decisões da maioria poderia muito bem ser expulso da coletividade, ou mesmo eliminado. A lógica de eventual imposição quanto ao encontro e a reparação se dava justamente para evidenciar a suma importância da estabilidade e preservação das relações tribais.

Atualmente a sobrevivência humana não depende da rigidez de vínculos entre todos e o indivíduo é compreendido não como uma engrenagem do coletivo, mas como um sujeito de direitos e um fim em si mesmo, kantianamente falando. Obrigar alguém a adotar determinada conduta para reparar um dano de ordem penal pode parecer justo, mas não tem potencial para resolver a questão da pacificação social, pois, no fim, é

apenas o oferecimento de uma sanção civil (indenização, ou obrigação de fazer) em troca de uma pena. Se o sujeito não desejar reparar o dano, ele sofrerá uma pena de prisão, o que prova que a efetividade de tal modelo dependerá sempre da barganha entre a proposta de um acordo versus a possibilidade de uma condenação mais grave.

A negativa, por parte do ofensor, em cumprir com a proposta de reparação formulado pela vítima aumenta o risco de revitimização. Sobre a negativa do ofensor, também há que se considerar dois fatores fundamentais.

Primeiro, para ele ser considerado juridicamente um ofensor, deve haver prova de autoria e o juiz, convencido dela, deve condenar o réu. Assim sendo, as provas, para serem mais sólidas, pressupõem a existência de uma instrução criminal, a qual depende da tramitação de um processo penal. Nessa senda, ou o imputado é condenado e então lhe é oferecido, como pena alternativa, a reparação, ou não há condenação e fica a seu critério escolher, com base no risco de probabilidade do teor da sentença, se aceita a proposta.

Segundo, nos casos os quais o réu não expressa a vontade de reparar o dano, a fonte de instigação a uma reparação é o sistema penal. Ora, se o Modelo Maximalista pretende alterar o modo como se exerce justiça ele não pode depender do sistema convencional. Se o seguro de efetividade deste modelo é exatamente o que ele visa desconstruir, tem-se um modelo incoerente, pois a única coisa que garantiria a maximização da JR é a ampla voluntariedade dos imputados em participar dos programas, mas paradoxalmente isto é relativizado pela *reparative theory*. No momento em que os programas são impostos, mas dependem da ação dos imputados, os quais podem simplesmente se negar a reparar, ele precisa do sistema penal, seja para incutir medo, seja para fornecer uma resposta institucional aos que não concordam em participar.

Por essas razões o projeto de superar o modelo punitivista da justiça penal a partir da maximização de incidência, mesmo imposta, de práticas restaurativas é um projeto irrealizável, pois o objetivo é inconciliável com o *modus operandi*. Ou se ampliam os programas restaurativos a partir da voluntariedade e, quando não, do medo, ou se desconstrói o sistema penal e com isso admite-se que as pessoas podem não reparar se não desejarem. Além disso a reparação poderia ainda ser judicialmente executada, mas então a Justiça Penal se tornaria uma Justiça Civil Indenizatória de Crimes na qual quem paga mais pode delinquir mais.

Como se isso não bastasse, no Brasil a concretização de um Modelo Maximalista é juridicamente impraticável, pois aqui “ninguém pode fazer, ou deixar de fazer algo em virtude de lei” (art. 5º, inciso II, da Constituição Federal da República). Não há lei que possibilite a substituição de qualquer espécie de pena por prestação alternativa, nem lei que obrigue alguém a realizar trabalhos forçados para evitar o cumprimento de uma pena. Este modelo depende, portanto, de intervenção legislativa e propostas que apenas se realizam no campo das ideias não são objetos desta pesquisa.

O Modelo Purista, que nada demanda dos envolvidos no caso penal e não exige alterações no sistema judiciário, precisamente porque pretende se distanciar de sua influência, é uma proposição juridicamente viável de execução.

Calcado na espontaneidade, o Modelo Restaurativo Purista não promete produzir circunstâncias jurídicas mais favoráveis aos ofensores, imputados, ou pessoas em vias de imputação criminal.

O objetivo da JR purista é oferecer uma outra experiência de resposta ao caso penal. Ele se baseia na participação voluntária, na articulação de espaços seguros e democráticos de reflexão, na construção de senso de responsabilidade e na formulação de decisões consensuais.

Diferentemente do maximalismo, cuja medida de sucesso depende da expansão da JR *reparative* no sistema judicial, o purismo entende que o êxito da experiência restaurativa se dá com a autenticidade do encontro entre ofensor e ofendido e na resolução do conflito. Logicamente é mais difícil descrever objetivamente a autenticidade de um encontro do que uma indenização, ou prestação de serviço, porém a impressão dos envolvidos quanto à mudança de sua perspectiva pode ser indagada. O projeto de expansão do Modelo Purista não é falir a Justiça Penal, ou criar uma sociedade sem conflitos, mas demonstrar que o ser humano é capaz de resolver conflitos e superar questões de violência de um modo construtivo e dialógico.

Neste Modelo os agentes institucionais vinculados aos casos penais não participam das práticas restaurativas para não comprometer a espontaneidade do encontro. Os demais agentes, ou particulares, que atuam como facilitadores devem respeitar a confidencialidade quanto às informações divulgadas em sede das práticas restaurativas. Esse dever, em âmbito institucional, está expressamente previsto na Resolução 125 de 2010 e na Resolução 225 de 2016, ambas do CNJ. Dentro de uma estrutura (provavelmente subsidiada) alheia ao MP e ao Judiciário, o dever de sigilo é

extraível da Lei de Mediação, podendo ser reforçado através de termos de comprometimento assinados pelos facilitadores.

O sistema de convites, direcionados primeiro aos supostos<sup>398</sup> ofensores e, com a anuência destes, posteriormente, aos supostos ofendidos (ou família destes), evita a revitimização e respeita a autonomia dos sujeitos. A voluntariedade é exatamente o que preserva a coerência deste modelo e possibilita sua implementação independentemente da promulgação de lei específica para tanto. Quando alguém se nega a participar, ou a consentir com a proposta de outrem, a *encounter theory* não considera isso uma falha, isso está integrado à voluntariedade. O importante, quando existe anuência coletiva em participar da aborgem, é que o encontro oportunize esclarecimentos e possibilite **i)** a responsabilização do ofensor, **ii)** a retratação por parte deste, **iii)** e a narração da história da vítima sobre sua experiência traumática.

Trata-se de uma complementariedade estrutural, pois as finalidades e o *modus operandi* de ambas as estruturas, restaurativa e convencional, são diferentes e independentes. Ocorre, no entanto, que a tramitação paralela de uma prática restaurativa e de um processo penal invariavelmente produzirão efeitos no seguimento um do outro.

O clima em um processo é de animosidade, eventual condenação, por sua vez, parece tornar a restauração sem sentido, pois onde ela atuou a pena de prisão destruirá, seja por submeter o indivíduo a condições degradantes, ou mesmo por inviabilizar o cumprimento de eventual acordo restaurativo, visto que o ofensor pode estar preso.

Ainda, as práticas restaurativas tendem a encontrar seu desfecho mais rapidamente do que os processos penais, que por vezes duram anos, enquanto na experiência brasileira a regra são poucos meses para finalizar uma abordagem restaurativa. Imagina-se, portanto, que a narrativa de um réu, ou de um ofendido em âmbito de depoimento processual certamente seria alterada se houvesse o contato prévio em sede de um círculo. Outra possibilidade é o fomento de antipatia entre réu e ofendido, ou os familiares deste, mediante as perguntas feitas por juízes, advogados e promotores, que buscarão não a conformação dos sentimentos e expectativas das “partes de fato”<sup>399</sup>, mas a descrição fática que (im)possibilite a imputação.

---

<sup>398</sup> Diz-se “supostos”, justamente diante da volatilidade destas categorias e pelo fato de que, não raro, não se sabe exatamente como ocorreram os fatos, de forma que prejudicar e situar os indivíduos em categorias unidimensionais não é conceitualmente honesto.

<sup>399</sup> Como “partes de fato” deseja-se designar as pessoas diretamente envolvidas e afetadas pelo conflito (ofendido e ofensor). Nessa linha, sabendo-se que, conceitualmente, as partes nas ações penais incondicionadas (maioria em relação as outras formas de ação) são o Estado, representado pelo MP, e o

Um modelo absolutamente purista culminaria em ignorar, juridicamente, as consequências que a JR pode provocar para as pessoas. Assim sendo, propõe-se que, diante da manifestação das partes de fato acerca do que for decidido, ou alcançado pelas práticas restaurativas, eventual consenso materializado em um acordo possa ser encaminhado ao juiz e promotor competentes para induzir uma resposta institucional atenta às necessidades das partes e que seja admissível pelo ordenamento jurídico.

A viabilidade jurídica deste sutil contato entre as estruturas e a preservação da coerência principiológica de ambos os modelos, de plano incompatíveis, serão examinadas agora.

## **4. 2 Comparando e contrastando os princípios das práticas restaurativas com os princípios de processo penal**

### *4.2.1 O Princípio da Jurisdição e da Legalidade em face à implementação de um Modelo Restaurativo de Justiça*

Diante da existência de regulamentações que inclusive incentivam a realização das práticas restaurativas no seio do Poder Judiciário e MP, bem como da inexistência de vedação a sua construção por entidades particulares, um Modelo Restaurativo de Justiça de natureza purista em nada afronta o ordenamento jurídico. Inclusive, qualquer efeito jurídico que o modelo produza será modulado por um juiz e proveniente da leitura que este faça quanto às alterações circunstanciais produzidas, voluntariamente, pelos participantes das práticas restaurativas no mundo dos fatos.

Se não houver óbice do juiz em permitir que um sujeito preso preventivamente seja escoltado até um Núcleo de Práticas Restaurativas isso pode ser feito. Se o juiz autorizar que o indivíduo com medida de afastamento se aproxime da vítima somente para fins de participação de um programa restaurativo, isso pode ser feito. Se um sujeito em vias de ser imputado, ou sendo um réu solto, desejar participar de um círculo restaurativo no qual a vítima também deseje participar, não há nenhuma lei que proíba esse encontro.

Ao complementarem estruturalmente o judiciário e agirem, quando necessário, solicitando autorizações deste, os programas do modelo purista não afrontam nem a lei,

---

acusado, fez-se necessário tal adendo para evitar interpretações equivocadas. Quando houver referência ao conceito utilizado pela doutrina predominante tal distinção será devidamente evidenciada.

nem impedem a devida atuação da jurisdição. A voluntariedade inviabiliza que os participantes sejam forçados a qualquer coisa que viole os seus direitos e a possibilidade de orientação jurídica prévia e imparcial reitera isso.

Para Giacomolli a Justiça Penal se encontra em um contexto sociológico que exige a participação cidadã e o desenvolvimento de soluções dialéticas capazes de comunicar devidamente a reprovação da conduta ao acusado e à sociedade<sup>400</sup>. Nas palavras do autor, possibilitar o diálogo entre vítima e ofensor não contraria o processo penal, contanto que tal aproximação se admita nos limites de seu objetivo reparatório, jamais como a adição de mais um sujeito acusador<sup>401</sup>. Aqui o autor se aproxima da *reparative theory*, pois confunde a restauração com a reparação. Ele apresenta a JR como uma opção melhor do que a justiça convencional pela forma humanitária como essa responde ao caso penal, minimizando os danos ao acusado e possibilitando a reparação do tecido social rompido pelo crime a partir da consideração material de suas consequências<sup>402</sup>.

Discorda-se, respeitosamente, do doutrinador quanto à afirmação de um modelo ser melhor do que o outro. Defende-se apenas que se tratam de propostas diversas, cada uma calcada em princípios que consideram necessidades distintas<sup>403</sup>, mas uma não é mais, ou menos, adequada, em abstrato, do que a outra. Contudo, concorda-se acerca da viabilidade de interação entre JR e a Justiça Penal, afinal, se o direito penal é a *ultima ratio* e o processo penal é a porta de entrada para sua efetivação, seria paradoxal recorrer ao *jus puniendi* quando soluções mais restaurativas se mostrarem viáveis<sup>404</sup>.

#### *4.2.2 Reflexões sobre a pacificação social como ausência de justa causa para a propositura da ação penal e considerações sobre a Resolução 181 de 2017 do Conselho Nacional do Ministério Público*

Ao dissertar sobre a oportunidade e a obrigatoriedade, Giacomolli afirma que, tendo o processo o objetivo de manter a paz jurídica, ele não rejeita mecanismos de consenso, pois a paz jurídica pode ser atingida através deste<sup>405</sup>. Se o órgão acusador, ao

---

<sup>400</sup> GIACOMOLLI, Nereu José. Op. cit., 77.

<sup>401</sup> Ibidem, p. 86.

<sup>402</sup> Ibidem, p. 98.

<sup>403</sup> REGGIO, Federico. Op. cit., p. 66-67.

<sup>404</sup> FISCHER DA SILVA, Mário Edson Passerino. **Reflexões sobre a (in)viabilidade...** Op. cit., p. 1058.

<sup>405</sup> GIACOMOLLI, Nereu José. Op. cit., p. 99.

dispor do processo, não afeta as principais conquistas da civilização, sob uma ótica garantista, quando o poder de disposição estiver previsto em lei e controlado por um magistrado, não haveria desrespeito ao ordenamento<sup>406</sup>.

Introduzidas tais ponderações, cabem duas considerações nucleares para este tópico.

Primeira, ainda que a tramitação e resultados de um processo penal possam comprometer o que foi atingido em sede de práticas restaurativas realizadas previamente a ele<sup>407</sup>, o objetivo da JR no modelo defendido aqui não é evitar o processo. Assim sendo, impedir a propositura da ação penal, em termos de coerência, não é um problema para o purismo restaurativo.

Segunda, pensando em termos práticos e nos efeitos negativos do processo penal após eventual pacificação social atingida pela abordagem restaurativa, a solução jurídica mais viável para evitar a propositura da ação penal, com base nos resultados alcançados" pela prática restaurativa, não está na negação do "não expressamente positivado (porém logicamente e juridicamente extraível) Princípio da Obrigatoriedade", mas no conteúdo das condições da ação, especificamente, em relação justa causa.

Sendo que a delimitação conceitual da justa causa se fez através de entendimento jurisprudencial e doutrinário, uma vez que a lei não explica o que exatamente ela seria, vislumbra-se, a partir da leitura de uma doutrina coerente, a possibilidade de significar a sua ausência através dos resultados concretos das práticas restaurativas, como a restauração de vínculos, a minimização de danos da conduta supostamente delitiva e a pacificação social.

Logicamente, a intenção do processo é realizar o acerto do caso penal, ele não está preocupado com o dano, porém, está-se falando aqui de uma fase pré-processual a qual conta com um conceito que admite a consideração da dimensão material das consequências vislumbradas na realidade. Ora, o processo penal, na prática, é um instrumento de legitimação da aplicação, ou não, da pena, conseqüentemente, da legitimação da emissão de um juízo normativo de reprovabilidade sobre uma conduta. Se essa reprovação foi previamente e efetivamente realizada e a pacificação social foi

---

<sup>406</sup> GIACOMOLLI, Nereu José. Op. cit., p. 99.

<sup>407</sup> Seja pela lógica adversarial que o processo fomenta entre o réu e ofendido, seja pelo fato de uma condenação inviabilizar o cumprimento de eventual acordo, ou de uma absolvição minimizar, formalmente, a responsabilidade do réu para com o ofendido (mesmo sendo possível processá-lo civilmente).

alcançada, na ótica de Coutinho, Figueiredo Dias e Gebran Neto, não haveria interesse público na propositura da ação.

Admitir o processamento penal quando o promotor e juiz tiveram acesso à eventual termo de acordo (já cumprido) que possibilita vislumbrar a desnecessidade de punição é prestar um desserviço à paz social e reviver um assunto alarmante que já foi solucionado. Seria ignorar o princípio fundamental do direito penal como *ultima ratio*.

Interessante notar que a consideração do cumprimento de acordo restaurativo como justa causa para a não propositura da ação penal incorre em mais questionamentos como: **i)** a aproximação ao Modelo Maximalista de complementariedade funcional; **ii)** o risco de adesão, por parte do suposto ofensor, pelo medo de ser processado e pela cogitação de sua participação como um benefício; **iii)** o entendimento diverso dos promotores acerca da pacificação social representar uma ausência de justa causa.

Ora, o questionamento de número “iii”, parece minimizar os outros dois problemas em uma fase inicial de implementação. Observa-se que a disponibilização de eventual documento que ateste o cumprimento de acordo restaurativo a um promotor e posteriormente a um juiz pressupõe duas situações.

Primeira, a abordagem restaurativa foi finalizada antes do MP propor a ação. Isso significa que **i)** ou o promotor encaminhou o caso a um Núcleo de JR antes da finalização das investigações criminais (assumindo o risco de alertar o suspeito da existência destas), **ii)** ou o fez depois do encaminhamento do relatório conclusivo entregue pelo delegado, o que implica em, provavelmente, deixar transcorrer o prazo (impróprio) para a propositura da ação penal (art. 46, *caput*, do CPP).

Segundo, o ofendido, em relação à necessidade de respeito ao princípio da confidencialidade, deve concordar expressamente com a disponibilização do conteúdo do acordo a outras instituições que não os Núcleos de JR.

Assim, essa interpretação da ausência de justa causa nos termos supracitados é uma ideia aqui defendida, mas não necessariamente o ofendido concordará com o uso do acordo para tal fim. Mais além, o promotor não é obrigado a interpretar o cumprimento do acordo de tal maneira, como também não é obrigado a retardar a propositura da ação (se presentes os demais requisitos e o lastro probatório) em prol de aguardá-lo. Ainda, o juiz pode não concordar com o arquivamento do inquérito caso o promotor levante o cumprimento do acordo e a pacificação social como razões de ausência de justa causa para propositura da ação, bem como o Procurador-Geral pode acompanhar o juiz nesse sentido.



Percebe-se que a efetivação dos resultados práticos da posição aqui defendida, embora juridicamente viável, depende da anuência de pelo menos três sujeitos que não são legalmente vinculados a ela (o ofendido, ou família deste, o promotor e o juiz, quando não também o Procurador-Geral). O sistema de controle de propositura da ação, portanto, não é minimizado pela proposta em pauta, e o extenso rol de variáveis para o reconhecimento da pacificação social como ausência de justa causa impede a perversão da JR como um sistema de premiação em virtude da reparação de danos. Poder-se-ia falar em relativização se toda a corporação do MP e do judiciário abraçarem, desde já, o entendimento aqui defendido, mas, diante da pluralidade de ideias e da independência funcional de cada agente institucional, isso pode nunca ocorrer, o que é, todavia, saudável para a manutenção de um Modelo Purista.

Esta é apenas uma possibilidade, não uma obrigatoriedade para os promotores, juízes e ofendidos, de maneira tal que também se minimiza o risco de pressão do suposto ofensor em relação à participação do ofendido na abordagem, pois as consequências jurídicas do cumprimento do acordo serão sempre incertas. Assim a tendência é que participem da experiência restaurativa, assumindo os eventuais ônus que isso implique (perda de tempo, situações de desconforto, obrigação de cumprir um acordo celebrado, etc), apenas “ofensores” que realmente desejem se retratar com os ofendidos e dialogar sobre os ocorridos.

É lógico que o processo penal pode por todo o esforço restaurativo a perder, mas a independência dos modelos admite a desconsideração do que foi feito em sede das práticas restaurativas se a instituição assim entender. É o preço que se paga para manter a pureza do modelo. No fim, considera-se que a experiência de alteridade, a retratação, a desconstrução de preconceitos e de traumas operam como formas de reparação à vítima por parte do ofensor, mesmo que este não tenha condições de cumprir um acordo restaurativo em virtude sua prisão.

Há, todavia, um movimento institucional do MP para diminuir os casos nos quais a persecução penal é exercida, ou minimizar os esforços de investigação caso a ação seja proposta. Essa questão se revela principalmente pelo uso cada vez mais recorrente de delações premiadas e pelo conteúdo da Resolução 181 de 2017 do CNMP, que opera em uma perspectiva de complementariedade funcional.

Essa perspectiva não se coaduna com o Modelo Purista, porém, a título de se cogitar uma aplicabilidade prática legal do Modelo Maximalista, observa-se que o inciso VI do art. 18 da resolução citada permite ao promotor estipular condição

proporcional e compatível com a infração penal supostamente praticada a título de celebração de acordo de não persecução penal. Tal condição poderia ser a disponibilização para participação em práticas restaurativas e o cumprimento de um acordo que viabilizasse a reparação do dano aos olhos do ofendido (seja um pedido de desculpas, uma indenização, ou uma obrigação de fazer razoável e proporcional).

A participação em uma abordagem restaurativa, neste caso, pressupõe o interesse da vítima e, pelo próprio *caput* do art. 18, a confissão formal e detalhada da prática delituosa. Havendo anuência do suposto ofensor, o MP autorizaria o convite ao ofendido. Se este concordar, seria realizada a abordagem, se não, o promotor iria determinar o cumprimento de outra(s) condição(ões). Todas essas questões vão de pleno encontro ao Modelo Maximalista, tem-se maior preocupação com a reparação do dano e mitiga-se a voluntariedade do suposto ofensor (suposto, pois não foi condenado, e talvez nem tenha sido severamente investigado).

Entre os crimes contemplados pela Resolução, encontram-se, por exemplo, os furtos, qualificados ou não, e isso representa uma vasta gama de casos nos quais, pré-processualmente, poder-se-ia aplicar a JR nos termos do Modelo Maximalista.

Sobre a aplicação do Modelo Purista em sede pré-processual, com possibilidade de efeitos jurídicos sobre a propositura da ação, essa possui um potencial ainda maior, podendo incidir inclusive para casos penais de crimes violentos. Todavia, como no caso da Resolução 181, ainda existirão as variáveis, quais sejam: **i)** a adesão do promotor à ideia; **ii)** a adesão do suposto ofensor; **iii)** a adesão da vítima; **iv)** a celebração de acordo; **v)** o cumprimento do acordo; **vi)** o requerimento de arquivamento do inquérito baseado neste cumprimento; **vii)** concordância do juiz com as razões apresentadas pelo promotor, somadas ainda **viii)** à concordância entre as partes de fato para utilização do acordo para efeitos judiciais.

Quanto ao fato do suposto ofensor assumir a autoria do crime para participar de programas restaurativos no Modelo Purista, isto não é uma obrigação, mas uma necessidade para que o encontro tenha sentido. Não se trata de confessar, ou assinar um papel concordando com os fatos básicos, mas sim apenas possuir uma narrativa que corresponda ao que a vítima, ou seus familiares contaram em depoimentos em sede de inquérito, por exemplo. Como as práticas restaurativas não possuem viés investigativo, a discussão proposta é sobre sentimentos, necessidades, causas, consequências e expectativas. Quando há discordância sobre fatos, um debate do gênero compromete os

objetivos da *encounter theory* e, portanto, não faz sentido dialogar se as partes não concordam sobre os fatos essenciais.

Os efeitos jurídicos da participação em uma abordagem restaurativa, para fins de reconhecimento de culpa do ofensor, serão ponderados posteriormente.

#### *4.2.3 Em sede processual: práticas restaurativas e a indisponibilidade do processo penal - possíveis efeitos jurídicos de um acordo restaurativo sobre a sentença e benefícios ao réu*

Em sede de procedimentos administrativos, por exemplo, as práticas restaurativas podem contribuir para seu arquivamento. A consequência, por exemplo, do cumprimento de termos de convivência frutos do diálogo, realizado em âmbito de círculos restaurativos, entre as partes conflitantes é a perda de objeto destes procedimentos e então o seu posterior arquivamento. Mesmo sem a materialização de um acordo, a própria melhora das relações das partes conflitantes provavelmente incorreria nos efeitos anteriormente descritos, quando estes fossem verificados pelas entidades competentes.

Nas situações de proposição de práticas restaurativas durante a tramitação de um processo penal, contudo, diante da indisponibilidade do processo penal, o arquivamento do processo é inviável independentemente dos bons resultados gerados pela abordagem restaurativa.

Assim sendo, em termos de efeitos jurídicos, os acordos restaurativos cumpridos, ou em vias de cumprimento, realizados nos moldes da *encounter theory*, poderiam ser apresentados ao magistrado, com a anuência do ofendido, pela defesa do réu a fim de que o magistrado considerasse seu conteúdo para embasar alguns aspectos da sentença (se julgasse apropriado).

Antes de dissertar sobre tais aspectos cabem duas considerações.

Primeira, um réu em vias de ser condenado poderia pressionar o ofendido a celebrar um acordo com o intuito de obter benefícios em face de uma eminente sentença condenatória. Isso, entretanto, seria uma conduta reprovada pelos facilitadores, que devem zelar pela horizontalidade e pelo foco no diálogo como fatores mais relevantes do que um acordo. Os próprios apoiadores do ofendido poderiam questionar a conduta do ofensor e, caso este insistisse em pressionar, os facilitadores suspenderiam a

realização das práticas pela inviabilidade de um diálogo saudável e autêntico. O mérito da suspensão não seria documentado, em razão do princípio da confidencialidade.

Segunda, mesmo que ao ler no acordo juntado aos autos que o seu cumprimento do acordado pelo réu não implicou em confissão, o juiz pode, em seu íntimo, interpretar a participação do ofensor como mais um indício de autoria. Essa negação de confissão não impede que o magistrado busque fundamentar a condenação de outra forma somente porque encarou a adesão do réu à JR como prova de sua culpa. Trata-se de um risco real, porém um juiz que condenasse o réu em um caso com uma diminuta chance de condenação estaria trabalhando contra a difusão da JR em situações nas quais, mesmo em tais circunstâncias, o réu tenha aderido à abordagem. Seria desincentivar tal adesão em casos cujo réu não seja confesso, ou que não tenha sido flagrado. Entretanto, não há norma que impeça o juiz de fazê-lo e o risco continuaria existindo.

Em relação aos efeitos jurídicos que o cumprimento de um acordo restaurativo possa causar sobre uma sentença condenatória, caso o juiz entenda assim, pode-se levar em consideração a influência disto na dosimetria da pena.

Para estipulação da pena-base, o art. 59 do Código Penal admite que o juiz leve em consideração, por exemplo, a culpabilidade do réu (grau de reprovabilidade penal da conduta<sup>408</sup>) e as consequências do crime. Sobre estes atores, um réu que tenha buscado se encontrar com o ofendido, retratar-se, estipular formas de amenizar as consequências de seus atos, ou mesmo contribuir para a desconstrução dos traumas psicológicos deste (indicando, por exemplo, em casos de crimes patrimoniais, que o furto não foi uma ação pessoalizada e que ele não o ofenderá novamente), evidentemente a reprovabilidade penal que recai sob o réu diminui e as consequências do crime podem ser amenizadas.

Quanto às atenuantes, o art. 66 do Código Penal admite que a pena poderá ser atenuada em razão de “circunstância relevante, anterior ou posterior ao crime, embora não prevista expressamente em lei”. Essa circunstância relevante pode ser o atingimento da pacificação social por meio das práticas restaurativas. Isso seria aferível, pela juntada de um acordo cumprido aos autos do processo, ou, indiretamente, se a finalização do círculo se desse antes da instrução processual e o ofendido, ou família deste, expusesse o que mudou a respeito de sua visão sobre réu, ou relação com este (quando for o caso) após a experiência restaurativa. Um depoimento deste gênero só ocorreria se houvesse

---

<sup>408</sup> ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro:** Volume 1 –Parte Geral. São Paulo: 6ª ed., Revista dos Tribunais, 2006, p. 102.

permissão por parte do réu quando a relativização da confidencialidade neste caso. Seria uma maneira de produzir efeitos jurídicos positivos sobre uma eminente sentença condenatória, mesmo quando as partes de fato não tenham chegado a um acordo.

Em casos nos quais se admita uma pena restritiva de direitos e a condenação seja eminente, diante das provas, um acordo restaurativo celebrado entre ofensor e ofendido pode ser usado como referência pelo juiz para estipular e uma pena que se adéque melhor às necessidades e anseios das partes de fato. Seria uma sentença com maior legitimidade e que faria mais sentido para o réu, pois ele, de certo modo, contribuiu para sua realização, o que, em tese, aumenta a possibilidade de cumprimento das medidas estipuladas.

Na mesma linha, para casos nos quais se admite a suspensão condicional do processo, o cumprimento de acordo celebrado em âmbito de um círculo restaurativo, nos termos do §2º do art. 89 da Lei 9.099 de 1995, pode ser uma das condições determinadas pelo juiz para suspensão do feito. Isso compromete a voluntariedade no cumprimento do acordo, mas não mitiga as escolhas dos participantes em aderir à JR e construir, por livre e espontânea vontade, a solução que tomam como mais adequada ao seu caso.

#### *4.2.4 Ponderações quanto à presunção de inocência no processo penal e os Princípios da Voluntariedade e da Confidencialidade em sede das práticas restaurativas*

O problema levantado no primeiro item 4.2.2 é invocado como um óbice à adesão à JR por parte de imputados, ou pessoas em vias de imputação, que não tenham confessado a autoria de crime, ou não tenham sido presos regularmente em flagrante, circunstância na qual a autoria é notória.

Sobre as práticas restaurativas corresponderem a uma ofensa ao Princípio da Presunção da Inocência, no Modelo Purista isso parece representar um receio desnecessário.

Segundo o §1º, do art. 2º da Resolução 225 de 2016 do CNJ para que o caso seja inserido nos programas de JR, é necessário que os indivíduos envolvidos reconheçam, “ainda que em ambiente confidencial incomunicável com a instrução penal”, como verdadeiros os fatos essenciais atinentes à questão. A norma ressalta, ao final que esse reconhecimento não implica em admissão de culpa na circunstância do caso ser reencaminhado ao processo.

No caso da Resolução há desenhado-se um Modelo, lógico, no qual os núcleos de JR teriam sua demanda abastecida pelo judiciário. Na circunstância do judiciário encaminhar um caso a um Núcleo de JR, mas em algum momento o réu optar por não aderir, ou desistir da JR, ao informar o juiz, que teoricamente estaria aguardando o desfecho da abordagem, o facilitador responsável apenas indicaria a inviabilidade de prosseguir com a prática restaurativa sem justificar o motivo. Essa forma seria a menos comprometedora da espontaneidade das escolhas do réu e do ofendido, pois não contaminaria a subjetividade do julgador.

Outra forma interessante é a ideia de Declan Roche de transferência de competência de foro quando há negativa por algum dos participantes em aderir à JR. Contudo, essa proposta não é amparada legalmente, salvo na hipótese do juiz que enviou o caso, ao tomar conhecimento da impossibilidade de continuidade das práticas, se declarar como suspeito, o que soa improvável de ocorrer na realidade.

O § 2º do mesmo artigo apresenta a voluntariedade como condição fundamental dos programas de JR, indiciando que essa vigora durante todas as etapas até a homologação de eventual acordo<sup>409</sup>. Observa-se que o esqueleto de Modelo Restaurativo formulado pela Resolução 225 abraçou a essência do Modelo Purista (voluntariedade).

A incomunicabilidade da JR com o processo é garantida, salvo a anuência dos participantes para fins de apresentação e/ou homologação de acordo pelo juiz e para a informação quanto à continuidade das práticas restaurativas, ou a inviabilidade de seu prosseguimento (nos casos enviados aos programas pelo judiciário). Esse fator certamente inviabiliza a desconsideração da presunção de inocência, até pela razão que se trata de uma adesão e permanência voluntária por parte dos sujeitos.

A própria confissão é uma liberalidade do réu em processo e a sua ocorrência não implica necessariamente na condenação. A celebração acordo de não-persecução penal proposto pelo MP nos termos da Resolução 181 de 2017 do CNMP, pressupõe a confissão do réu de forma voluntária, porém não foi considerada inconstitucional e lesiva à presunção de inocência.

Não há então distanciamento das práticas restaurativas e da proteção que o direito já fornece ao *status* da inocência. O §4º do art. 8º da Resolução 225 de 2016 do

---

<sup>409</sup> Onde está escrito procedimento restaurativo deve-se ser acordo, por razões lógicas. Quando não há consenso, não há nada para o juiz homologar.

CNJ traz como possibilidade de quebra da confidencialidade, por parte dos facilitadores, a exposição de questões que possam colocar em risco a segurança dos participantes, ou nos casos determinados em lei (salvaguardar ordem pública, etc.). Quanto à confissão de crime, a menos que ainda esteja em vias de execução, a Lei da Mediação, que determina a quebra de sigilo pelo mediador em casos assim, não parece se aplicar à JR, visto que ela não se restringe à mediação e é regulamentada, em âmbito institucional judicial, apenas pela Resolução em pauta.

O problema se agrava quando advogados, ou pessoas envolvidas na abordagem, realizam alegações, no âmbito do processo, acerca do que foi discutido quando, por exemplo, não houve acordo. Se todos assinam um termo de confidencialidade, este será apresentado em juízo caso alguém opte por expor a sua visão do que foi discutido. Tal depoimento, portanto, não determinaria o resultado do processo e seria desconsiderado, afinal enquanto a alegação é questionável, o termo é prova inequívoca de anuência com o sigilo dos debates restaurativos. Situações neste sentido não devem ser encaradas como supressoras da presunção de inocência, pois, da mesma forma, um grupo de pessoas que participou da abordagem poderia se organizar e relatar algo em juízo que não corresponda aos fatos verídicos do que houve no seio da abordagem restaurativa, afinal, o juiz não estava lá e os facilitadores não poderão atestar, ou contradizer o que for alegado<sup>410</sup>.

Apenas no caso de celebração de acordo restaurativo o réu poderia mitigar seu estado de inocência e, novamente, ele tem o direito de fazê-lo, isso não implica em prova inequívoca de sua autoria, como também não ocorre com a confissão<sup>411</sup>.

#### *4.2.5 O contraditório e sua (des)contextualização no espaço restaurativo*

O princípio do contraditório foi desenvolvido para garantir a paridade de condições e oportunidades processuais em um contexto de debate polarizado a partir do qual se objetiva o convencimento de um terceiro imparcial portador do poder decisório<sup>412</sup>. A interação que demanda o contraditório se dá na forma de uma pirâmide sem base, na qual as manifestações das partes são dirigidas ao juiz, o qual as

---

<sup>410</sup> FISCHER DA SILVA, Mário Edson Passerino. **Reflexões sobre a (in)viabilidade...** Op. cit., p. 1082-1083.

<sup>411</sup> Ibidem, p. 1083.

<sup>412</sup> Ibidem, p. 1084.

disponibiliza para a outra parte contradizer. Não há diálogo direto entre os polos, pois o único interesse é atrair o julgador para a sua vertente.

Nas práticas restaurativas o poder de decisão pertence às pessoas que dialogam, as quais irão expor suas opiniões diretamente uma a outra, ou, quando houver dificuldade de entendimento, por meio de um facilitador imparcial desprovido de faculdades decisórias quanto à solução do caso. Trata-se de uma relação de circular de horizontalidade baseada na possibilidade de compreensão mútua e não na negação do outro. Inexiste nas práticas restaurativas a lógica adversarial do processo.

Eventual decisão obtida por meio de consenso, caso venha a produzir efeitos processuais, ou afetar a formação de eventual processo, será devidamente fiscalizada pelo juiz, o qual pode questionar individualmente os assinantes do acordo sobre sua concordância com os termos deste. Quando não há acordo e não há relativização da confidencialidade por consenso das partes de fato, o contraditório não será afetado.

É incumbência dos facilitadores garantir a isonomia, a divisão democrática da fala e de participação de cada um a fim de que qualquer decisão emergente do espaço restaurativo reflita a vontade de todos.

Há, portanto, dupla fiscalização (facilitadores + juiz) para garantir que a vontade dos participantes esteja sendo respeitada e, mais além, a produção, ou não, de efeitos jurídicos de um acordo restaurativo em sede processual será discricionariedade do juiz recortada pelos limites dispostos no ordenamento. Logo, ainda que não existisse a fiscalização dos facilitadores, não necessariamente a evidente ausência do contraditório nas práticas restaurativas afetaria o processo penal, pois se está tratando de um Modelo Purista de JR.

Por fim, observa-se que o contraditório pressupõe um combate argumentativo o qual não é o enfoque das práticas restaurativas, nas quais se incita a cooperação para construção coletiva de soluções e o poder de solução está concentrado nas mãos dos participantes, não de um terceiro (juiz). O contraditório se baseia em uma igualdade de oportunidades para se convencer o juiz, mas não há juiz nas abordagens restaurativas, todos os participantes podem julgar o que é mais adequado para si e para o caso. Nessa senda parece não haver sentido se falar em contraditório no seio da abordagem em questão, de modo que a preocupação de eventuais críticos a este modelo mais se configura como uma imputação de ausência de elemento impróprio a este, do que propriamente um questionamento atinente a sua coerência intrassistêmica.



### 4.3 Da admissibilidade de casos em programas de Justiça Restaurativa conforme a gravidade do crime

Carolyn Hoyle, defende que as práticas restaurativas seriam mais adequadas para a resolução casos penais nos quais a infração fosse de menor potencial ofensivo, e aponta que a pena poderia ser aplicada conjuntamente com a sanção restaurativa<sup>413</sup>. Esse tipo de raciocínio pressupõe que pessoas lesadas por uma ofensa mais grave não terão interesse, o terão medo, de encontrar face a face seu ofensor. É uma aposta que faz na tendência humana de desejar vingança quando se sofre uma lesão e no temor de revitimização.

Giamberardino, em sentido oposto, ressaltou que o *quantum* de pena em abstrato não seria um critério adequado para filtrar a admissibilidade de incidências das práticas restaurativas sobre um caso pena, pois direcionar a aplicação da abordagem em crimes teoricamente menos graves, ou sem violência é apenas mera opção de uma política criminal conservadora pautada na regra de economia processual<sup>414</sup>.

Nessa linha, entende-se que a JR mostra seu verdadeiro potencial empoderador e restaurativo justamente em casos com maior carga traumática, nos quais as pessoas tem muito o que dizer, seja para se retratar, para expressar sentimentos, para descrever o que vivenciaram, para responsabilizar, ou mesmo para se auto responsabilizar.

O medo da revitimização, o uso do espaço para humilhação, destrato, ou vingança, são questões resolvidas pelo respeito ao Princípio da Voluntariedade e pela maestria dos facilitadores em zelar pela estabilidade de um espaço seguro e democrático de diálogo, sob pena de suspensão da abordagem.

Caberia, portanto, aos ditos “ofensor” e “ofendido” definirem como se sentem (confortáveis, ou não) para aderir à JR. Reconhecer tal escolha é uma forma de empoderá-los. Vedações normativas *a priori*, sem a análise do caso concreto ou consulta às partes de fato, castram a possibilidade de restauração de vínculos e a chance dos envolvidos obterem respostas, esclarecimentos e falarem a respeito do que houve e do desejam<sup>415</sup>.

---

<sup>413</sup> CUNNEEN, Chris; HOYLE, Carolyn. Op. cit., p. 42-44, 47.

<sup>414</sup> GIAMBERARDINO, André Ribeiro. Op. cit., p. 209.

<sup>415</sup> FISCHER DA SILVA, Mário Edson Passerino. **Reflexões sobre a (in)viabilidade...** Op. cit., p. 1065-1068.

#### 4.4 Sobre a fiscalização jurídica dos acordos restaurativos

Os acordos provenientes do consenso entre os participantes dos programas de JR, sejam termos de convivência, estipulações de reparação, manifestações de retratação, ou expressões do que a criatividade desses tomar como relevante para constar em documento, sofrem uma tripla fiscalização quanto ao seu conteúdo.]

A primeira fiscalização é feita pelos próprios participantes, que ponderam a proporcionalidade e razoabilidade dos termos sugeridos pelos demais e verificam se concordam, ou não. Clarificados os termos, a segunda fiscalização, se é que pode ser chamada assim, consiste nas reflexões e validações que os facilitadores farão quanto à viabilidade de efetivação do acordado e da anuência com este. Ambas são ponderações que ainda não adentraram no aspecto jurídico.

A terceira fiscalização, feita pelo juiz, após ouvido o MP<sup>416</sup>, nos termos do §3º do art. 8º da Resolução 225 de 2016 do CNJ, se baseará nos critérios das anteriores, verificando-se o respeito das cláusulas à dignidade dos participantes<sup>417</sup>, mas a avaliação terá cunho essencialmente jurídico.

Poder-se-ia falar em uma outra fiscalização. A informal, realizada pelos apoiadores que incentivariam o cumprimento do acordo, mas, por hora, está-se tratando apenas da avaliação do conteúdo do consenso.

Ressalta-se que o juiz não está vinculado ao conteúdo do acordo, ou ao que o MP manifestar sobre este. A homologação do acordo pelo juiz ocorreria antes do sentenciamento, a fim de que haja tempo para o seu cumprimento e ele possa produzir algum efeito sobre a formação de convicção do juiz, ou sobre a pena, caso haja condenação. Essa espera pelo cumprimento ocorreria somente se não houve risco de prescrição da pretensão punitiva, neste caso, independentemente de seu cumprimento, o teor do acordo poderia ser utilizado para nortear os termos da sentença nos moldes já explanados.

---

<sup>416</sup> Art.8 (...)”§ 3º. Ao final da sessão restaurativa, caso não seja necessário designar outra sessão, poderá ser assinado acordo que, após ouvido o Ministério Público, será homologado pelo magistrado responsável, preenchidos os requisitos legais”. Em: BRASIL. **Resolução 225, de 31 de maio de 2016**. Distrito Federal: Conselho Nacional de Justiça, 2016.

<sup>417</sup> art. 2º(...) “§ 5º O acordo decorrente do procedimento restaurativo deve ser formulado a partir da livre atuação e expressão da vontade de todos os participantes, e os seus termos, aceitos voluntariamente, conterão obrigações razoáveis e proporcionais, que respeitem a dignidade de todos os envolvidos”. Em: BRASIL.. **Resolução 225, de 31 de maio de 2016**... Op. cit.

A apresentação do acordo ao juiz e os posteriores efeitos disso representam o necessário contato entre a JR e o judiciário a fim de maximizar as chances dessa produzir consequências jurídicas em sede processual penal. Tal condição, obviamente, minimiza o grau de pureza do Modelo Restaurativo de Justiça proposto, mas não o desconfigura como tal, pois tudo ainda se baseia na voluntariedade.

Em se tratando de eventuais modulações do acordo, havendo tempo para o seu cumprimento, a proposta de Roche, em sede processual, quanto ao juiz dialogar individualmente e depois conjuntamente com os participantes para verificar a viabilidade de alteração de cláusulas tidas como inadequadas, é uma ideia interessante para se auferir a autenticidade do acordo e não ignorar o poder de decisão das partes de fato. Esses diálogos ocorreriam após as considerações do MP quanto aos termos do consenso.

Na esfera pré-processual, tal fiscalização, como já dito, também ocorreria primeiro pelo promotor, mas a avaliação do juiz se daria somente após o cumprimento do acordo, justamente porque o juiz vai apenas verificar se as razões levantadas pelo promotor, quanto ao arquivamento do inquérito, são adequadas.

Outra questão relevante é a natureza jurídica do acordo. Apenas a título de consideração, tem-se que o acordo não homologado pelo juiz corresponderia a um contrato de obrigação de fazer, quando houvessem medidas a serem cumpridas. A assinatura dos facilitadores não substituiria a assinatura das duas testemunhas necessárias, até porque esses não podem testemunhar acerca das práticas restaurativas. A assinatura dos facilitadores serviria como mais uma prova da autenticidade do acordo, mas, para fins de configurá-lo como contrato, outras duas pessoas deveriam rubrica-lo como testemunhas.

No caso da homologação pelo juiz, devendo ser somada também à homologação pelo promotor, o acordo adquiriria a natureza de título executivo judicial.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A pesquisa começou com duas perguntas fundamentais: “por que” e “como” viabilizar, juridicamente, a estruturação de um Modelo Restaurativo de Justiça no Brasil sem depender da criação de Lei Federal específica para tanto.

O “por que” fora respondido na medida em que se apresentou os dispositivos constitucionais que evidenciam o projeto social idealizado pelo constituinte. Nessa senda, um modelo dialógico de justiça possibilita a democratização gradativa das instituições e fomenta a cultura da compreensão em face da racionalidade popular, a chance de consolidação de uma sociedade mais ponderada, tolerante e inclusiva, em virtude da desconstrução de preconceitos oportunizada pela oferta de espaços de alteridade.

Mais além, o empoderamento do sujeito e o reconhecimento de sua capacidade decisória racional, sem desconsideração da dimensão emocional humana, viabiliza uma nova forma de concepção do modelo de cidadão, migrando-se daquele que apenas vota a cada quatro anos (delegante) para o que busca a solução dialógica dos próprios problemas (atuante).

Considerando, ainda que o sistema jurídico, na sua pretensão de totalidade, ignora uma série de peculiaridades do conflito e das dimensões do ser humano<sup>418</sup>, ressalta-se que a principal razão de ser do Modelo Restaurativo é o resgate da consideração da complexidade humana, em todas as suas dimensões, quando se fornece uma resposta (institucional) aos casos penais, ou a qualquer caso que seja. Entende-se que, de modo mais pleno, esse resgate pode ser atingido pelo viés comunicativo inerente às práticas restaurativas, as quais são baseadas no diálogo, instrumento que garantiu a união dos indivíduos e a evolução humana a partir desta.

O “como”, por sua vez, poderia ser através de um Modelo Restaurativo de Justiça essencialmente purista e de complementariedade estrutural ao judiciário. Seria admitido o contato da JR com o Modelo Convencional de Justiça quando as partes de fato conjuntamente desejarem que seu consenso produza efeitos jurídicos processuais, ou quando os facilitadores entendam que esteja havendo comprometimento da segurança dos participantes e seja necessária a intervenção jurisdicional.

---

<sup>418</sup> TIVERON, Raquel. Op. cit., p. 129.

Os principais fatores a serem considerados quanto ao modelo restaurativo são a voluntariedade da participação em seus programas e sua independência em relação ao judiciário. Isso culmina no fato de que o magistrado e o MP não são vinculados pelas decisões tomadas em âmbito de práticas restaurativas, pois não há lei que os obrigue a fazê-lo e, desse modo, a adesão à JR não é corrompida por finalidades de premiação, ou mesmo por pressões de terceiros. Assim se preza pela autenticidade das experiências restaurativas e pelos pressupostos da *encounter theory*.

Atenta-se que o objetivo do Modelo Purista não é a destruição imediata do sistema penal, mas sim demonstrar que existe uma alternativa às sanções penais convencionais, a qual pode efetivamente promover a pacificação social afetada pela conduta típica.

Por fim, concluiu-se que esta monografia provocou a emergência de mais dúvidas cruciais para o desenvolvimento da temática, especialmente no que tange à maneira de se arquitetar um Modelo Restaurativo Purista na prática e se os efeitos do Modelo Purista correspondem ao que apregoa a teoria. Seria tal modelo promovido através de Organizações Não-Governamentais, Parcerias Público-Privadas, por órgãos independentes do MP, ou mesmo do judiciário? Quem integraria a classe dos facilitadores? Como se daria sua remuneração? O trabalho deles seria voluntário, como já ocorre? De que forma seria organizado o fluxo de encaminhamento de casos aos programas de JR, etc. Tais questionamentos, de ordem mais organizacional e empírica, serão objetos de análise em trabalhos futuros.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACHUTTI, Daniel Silva. **Justiça Restaurativa e Abolicionismo Penal:** contribuições para um novo modelo de administração de conflitos no Brasil. 278 f., Tese, Faculdade de Direito, PUC-RS, 2012.

AGAMBEN, Giorgio. **O que é contemporâneo.** Chapecó: 2ª ed., Argos, 2010.

AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. **Conciliar ou Punir?** Dilemas do Controle Penal na Época Contemporânea. Em: CARVALHO, Salo de; WUNDERLICH, Alexandre. **Diálogos sobre a justiça Dialogal:** Teses e Antíteses sobre os Processos de Informalização e Privatização da Justiça Penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 55-79, 2002.

BARRATA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal.** Rio de Janeiro: 3ª edição. Editora Revan, 2002.

BIZZOTTO, Alexandre; JOBIM, Augusto; EBERHARDT, Marcos. **Sistema Acusatório:** (apenas) uma necessidade do processo penal constitucional. Em: DE AZEVEDO, Azevedo Ghiringhelli; CARVALHO, Salo. **Crise do Processo Penal e as Novas Formas de Administração da Justiça Criminal.** Porto Alegre: Notadez, p.14-29, 2006, p. 15.

BOBBIO, Norberto. **Da Estrutura à Função:** Novos Estudos de Teoria do Direito. Barueri (SP): Manole, 2007.

BORGES, Clara Maria Roman. **Jurisdição e normalização:** uma análise foucaultiana da jurisdição penal. Curitiba: tese de doutorado apresentada ao Programa de Pós-Graduação da UFPR, UFPR, 2005.

BORGES, Guilherme Roman. Violência e Mediação: impressões jusfilosóficas. Curitiba: **Revista da Unicuritiba**, v.1, n.30, fl. 112-137, 2013.

BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico.** Rio de Janeiro: 16 ed., Bertrand Brasil, 2010.

BRAITHWAITE, John. **Reintegrative Shaming.** Camberra: Australian National University, 2000.

BRANCHER, Leoberto. **A Paz que Nasce de uma Nova Justiça.** Porto Alegre, TJRS, 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão na Ação Direta de Inconstitucionalidade número 2.649/DF.** Relatora: Cármen Lúcia, julgamento em 8-5-2008, publicado no DJE de 17-10-2008, p. 4-5. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=555517>.

BRASIL. **Comissão do novo Código de Processo Penal debate Justiça Restaurativa.** Distrito Federal: Câmara dos Deputados, 04 de out. 2016. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/DIREITO-E-JUSTICA/517064->

COMISSAO-DO-NOVO-CODIGO-DE-PROCESSO-PENAL-DEBATE-JUSTICA-RESTAURATIVA-NESTA-TERCA.html.

BRASIL. Congresso Nacional. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Distrito Federal: 1988.

BRASIL. **Justiça em Números 2016**. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2016.

BRASIL. **Lei nº 13.140, de junho de 2015**. Distrito Federal: Congresso Nacional, 2015.

BRASIL **Metas Nacionais para 2017 Aprovadas no 10º Encontro Nacional do Poder Judiciário**. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2017. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/02/a2f4fc314db2ec5f39bb0615aba58b6a.pdf>.

BRASIL. **Projeto de Lei 7006 de 2006**. Distrito Federal: Câmara dos Deputados, 2006.

BRASIL. **Resolução 125 de 29 de novembro de 2010**. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2010. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2579>.

BRASIL. **Resolução 181 de 07 de agosto de 2017**. Brasília: .Conselho Nacional do Ministério Público 2017.

BRASIL. **Resolução 225, de 31 de maio de 2016**. Distrito Federal: Conselho Nacional de Justiça, 2016.

BRASIL. **STF admite execução da pena após condenação em segunda instância**. Brasília: STF, Notícias STF, 05 de outubro de 2016. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=326754>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão na Ação Direta de Inconstitucionalidade número 2.649/DF**. Relatora: Cármen Lúcia, julgamento em 8-5-2008, publicado no DJE de 17-10-2008, p. 4-5. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=555517>.

BREDA, Antônio Acir. Efeitos da Declaração de Nulidade no Processo Penal. **Revista do MP do Paraná**, Curitiba, ano 9, nº 9, p. 171 -189, 1980.

CABRAL, Rodrigo Ferreira Leite. **O acordo de não-persecução penal criado pela nova Resolução do CNMP**. CONJUR, 18 de setembro de 2017. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2017-set-18/rodrigo-cabral-acordo-nao-persecucao-penal-criado-cnmp>.

CADOPPI, Alberto; DONINI, FORNASARI, Gabriele; GAMBERINI, Alessandro; INSOLERA, Gaetano; MANES, Vittorio; MAZZACUVA, Nicola; Massimo; PAVARINI, RAMPONI, Luca; ROSONI, Isabella; Massimo; ZANOTI, Marco. **Introduzione al sistema penale**: Volume I.Torino: Giappichelli, 2ª ed. 2006.

CHRISTIE, Nils Conflict as property. **The British Journal of Criminology**, Oslo, vol. 17, 1977.

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal**: parte geral. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

CLASTRES, Pierre. **A sociedade contra o Estado**: pesquisas de antropologia política. São Paulo: Cosac & Naify, 2003.

COELHO, Luiz Fernando. **Lógica Jurídica e Interpretação das Leis**. Rio de Janeiro: 2 ed., Editora Forense, 1981.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **A Lide e o Conteúdo do Processo Penal**. Curitiba: Juruá, 1989.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos Princípios Gerais do Processo Penal Brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná**, Curitiba, a.30, n° 30, p. 163-198, 1998.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **O papel do novo juiz no processo penal**. Hot Empório, 16 de abril de 2015.

CUNNEEN, Chris; HOYLE, Carolyn. **Debating Restorative Justice**. Oxford: Hart Publishing, Portland Oregon, EUA, 2010

DA SILVEIRA FILHO, Sylvio. **Introdução ao Direito Processual Penal**. Florianópolis: 2ª ed., Empório do Direito, 2015.

DE LIMA, Roberto Kant. **Ensaio de Antropologia e de Direito**: Acesso à Justiça e Processos Institucionais de Administração de Conflitos e Produção da Verdade Jurídica em uma Perspectiva Comparada. Rio de Janeiro: 2ª tiragem, Editora Lumen Juris, 2009.

DE OLIVEIRA, Roberto Cardoso; DE OLIVEIRA, Luís Roberto Cardoso. **Ensaio Antropológico sobre Moral e Ética**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1996.

DERRIDA, Jacques. **Força de Lei**: o fundamento místico da autoridade. São Paulo: Martinsfontes, 2010.

DIAS, Jorge Figueiredo. **Direito Penal**: Parte Geral Tomo I. São Paulo: 1ª ed. brasileira, 2ª ed. portuguesa, Editora Revista dos Tribunais, Coimbra Editora, 2007.

DUSSEL, Enrique. **1492**: O Encobrimento do Outro (A origem do “mito da Modernidade”). Petrópolis (RJ): Vozes, 1993.

FELLEGI, Borbála; SZEGÓ, Dóra. **Handbook for Facilitating Peacemaking Circles**. Budapest (Hungary): P-T Mühely, European Commission, DG Justice, Freedom and Security, 2013.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: Teoria do Garantismo Penal. São Paulo: 3ª ed., Revista dos Tribunais, 2002.



FERREIRA, Maria Clotilde Rossetti; AMORIM, Katia de Souza; DA SILVA, Ana Paula Soares. **Rede de Significações**: alguns conceitos básicos. Em: FERREIRA, Maria Clotilde Rossetti; AMORIM, Katia de Souza; DA SILVA, Ana Paula Soares; CARVALHO, Ana Maria Almeida. **Rede de Significações e o Estudo do Desenvolvimento Humano**. Porto Alegre: Artmed, fls. 23-33, .2004.

FISCHER DA SILVA, Mário Edson Passerino. **Breves Considerações sobre Questões Conceituais, Origens e a Institucionalização da Justiça Restaurativa no Brasil**: Entre uma redefinição de justiça, cidadania e a democratização das Instituições. Ponta Grossa: Programa de Pós Graduação em Ciências Sociais Aplicadas da UEPG, Anais da Jornada de Estudos e Pesquisa Sobre Justiça Restaurativa, fl. 23-34, 2016.

FISCHER DA SILVA, Mário Edson Passerino. Reflexões sobre a (In)Viabilidade da Adoção de um Modelo Restaurativo de Justiça no Âmbito do Processo Penal Brasileiro: Uma Análise a Partir da Ótica da Instrumentalidade Constitucional do Processo. **Revista Jurídica Luso Brasileira da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa**, Lisboa, n. 6, ano 2, fl. 1053-1090, 2016.

FREIRE, Paulo. **Pedagogia da Autonomia**: saberes necessários à prática educativa. São Paulo: Paz e Terra, 1997.

FREITAG, B.;ROUANET, S. P. **Habermas**: sociologia. São Paulo: 3ed., Editora Ática, 1993.

GARAPON, Antoine. **O juiz e a democracia**: O guardião das promessas. Rio de Janeiro, 2ª ed., Revan, 2001.

GEBRAN NETO, João Pedro. **Inquérito Policial**: Arquivamento e Princípio da Obrigatoriedade. Curitiba: Juruá, 1996.

GIACOMOLLI, Nereu José. **Legalidade, Oportunidade e Consenso no Processo Penal**: na perspectiva das garantias constitucionais. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2006.

GIAMBERARDINO, André Ribeiro. **Crítica da Pena e Justiça Restaurativa**: A Censura para além da Punição. Florianópolis: Empório do Direito, 2015.

GIAMBERARDINO, André Ribeiro; FISCHER DA SILVA, Mário Edson Passerino. Justiça Restaurativa e Crimes Culposos de Trânsito. **R. Opinião Jurídica**, Fortaleza, ano 15, n. 20, p.13-31, jan./jun. 2017.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Risco e Processo Penal**: uma análise a partir dos direitos fundamentais do acusado. Salvador: Editora JusPodivm, 2009.

HABERMAS, Juergen. **A crise de legitimação no capitalismo tardio** Rio de Janeiro: 3ª ed., Editora Tempo Brasileiro, Tempo Universitário, 1999.

HOGG, Peter W.; BUSHELL, Allison A.. **El diálogo de la Carta entre los tribunales y las Legislaturas** (o quizá la Carta de Derechos no sea algo tan malo después de

todo).Em: GARGARELLA, Roberto. **Por una justicia dialógica**. Argentina: Siglo Veintiuno, 2014.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. **Metodologia Científica**. São Paulo: 2 ed., Atlas, 1992.

LAPLATINE, François. **Aprender Antropologia**. São Paulo, 1ª ed., 15ª reimpressão, Editora Brasiliense, 2003.

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. São Paulo: 11 ed., Saraiva, 2014.

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**: Vol. I. Rio de Janeiro: 8ªed., Lumen Juris, 2011.

LOPES JR., Aury. **Introdução Crítica ao Processo Penal**: fundamentos da instrumentalidade constitucional. Rio de Janeiro: 4ª ed., Lumen Juris, 2006.

LOPES JR., Aury **Justiça Negociada**: Utilitarismo Processual e Eficiência Antigarantista.. Em: CARVALHO, Salo de; WUNDERLICH, Alexandre. **Diálogos sobre a justiça Dialogal**: Teses e Antíteses sobre os Processos de Informalização e Privatização da Justiça Penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, .fls.. 99-128, 2002.

LOPES JR, Aury; MORAES DA ROSA, Alexandre. **Saldão penal e a popularização da lógica da colaboração premiada pelo CNMP**. CONJUR, 22 de setembro de 2017. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2017-set-22/limite-penal-saldao-penal-popularizacao-logica-colaboracao-premiada-cnmp>.

LÖWY, Michael. **Ideologias e Ciência Social**: Elementos para uma análise marxista. São Paulo: 18ª edição, Cortez, 2008.

LÜDKE, Menga; ANDRÉ, Marli E. D. A., **Pesquisa em Educação**: abordagens qualitativas. São Paulo: E.P.U., 1986.

LYRA FILHO, Roberto. **Razões de Defesa do Direito**. Brasília: Editora Obreira, 1981.

MALINOWSKI, Bronislaw. **Crime and Custom in Savage Society**. Nowoczensna Polska, 1932.

MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal**: vol.I. Campinas: Bookseller, 1997.

MARQUES, José Frederico. **Manual de Direito Processual Civil**: Volume 1. Campinas (SP): 9ª ed., Millennium, 2003.

MAXWELL, Gabrielle. **A JR na Nova Zelândia**. Em: SLAKMON, Catherine (Org); DE VITTO, Renato Campos Pinto(Org); PINTO, Renato Sócrates Gomes (ORG). **JR**. Brasília: PNUD, fls. 279-294, 2005.

MORTON, Peter. **An Institutional Theory of Law**: Keeping Law in its Place. New York: Oxford University Press, 1998.

MOTTA, Leonardo de Araújo. **Os Tempos Hipermodernos, de Gilles Lipovetsky**. Fortaleza: Universidade Federal do Ceará, Revista de Ciências Sociais, v. 35, n. 2, 2004.

NASCIMENTO, João Paulo Costa. **Abordagens do pós-moderno em música: a incredulidade nas metanarrativas e o saber musical contemporâneo**. São Paulo: Editora UNESP; São Paulo: Cultura Acadêmica, 2011.

NIETZSCHE, Friedrich. **Escritos sobre Direito**. Rio de Janeiro: 3ª ed., PUC-Rio, Edições Loyola, 2014.

NUNES DA SILVEIRA, Marco Aurélio. **As condições da ação no direito processual penal: sobre a inadequação das condições da ação processual civil ao juízo de admissibilidade da acusação**. Florianópolis: Empório do Direito, 2016.

PAOLI, Giulio. **La nozione di lite nel processo penale**. Rivista di Diritto Processuale Civile, Padova, Cedam, 1930.

PAVARINI, Massimo, GUAZZALOCA, Bruno. **Corso di Diritto Penitenziario**. Bologna: Edizioni Martina Bologna, 2004.

PINTO, Renato Sócrates Gomes. **Justiça Restaurativa é possível no Brasil?**. Em: SLAKMON, Catherine (Org); DE VITTO, Renato Campos Pinto (Org); PINTO, Renato Sócrates Gomes (ORG). *Justiça Restaurativa*. Brasília: PNUD, fls.19-39, 2005.

PRANIS, Kay; BOYES-WATSON, Carolyn. **No Coração da Esperança: guia de práticas circulares**. Porto Alegre: Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, 2011.

PUGLIESE, William. **Precedentes e a Civil Law Brasileira: interpretação e aplicação do novo Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

REGGIO, Federico. **Giustizia dialogica: luci e ombre della restorative justice**. Milão: Editora Franco Angeli, 2010.

ROCHE, Declan. **Accountability in Restorative Justice**. New Yprk: Oxford University Press, 2003.

ROSEMBLATT, Fernanda. Um olhar crítico sobre o papel da comunidade nos processos restaurativos. **Sistema Penal & Violência - Revista Eletrônica da Faculdade de Direito da PUCRS**, Porto Alegre, Volume 6, Número 1, p. 43-61, janeiro-junho, 2014.

ROSENBERG, Marshall B.. **Comunicação não-violenta: técnicas para aprimorar relacionamentos pessoais e profissionais**. São Paulo: Ágora, 2006.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Puó il diritto essere emancipatòrio? Una riflessione teorica. Democrazia e Diritto**, Franco Angeli, nº1, fls. 25-55, 2004.

SHIRLEY, Robert Weaver. **Antropologia Jurídica**. São Paulo: Editora Saraiva, 1987.

TIEDEMANN, Klaus. **Panorama Geral**. Em: ROXIN, Claus; ARZT, GUNTHER; TIEDEMANN, Klaus. **Introdução ao Direito Penal e ao Direito Processual Penal**. Belo Horizonte: Del Rey, p. 145-165, 2007.

TIVERON, Raquel. **Justiça Restaurativa e Emergência da Cidadania na Dicção do Direito**: A construção de um novo paradigma de justiça criminal. Brasília: Thesaurus Jurídica, 2014.

TORNAGHI, Hélio. **Compêndio de Processo Penal Tomo I**. Rio de Janeiro: José Konfino Editor, 1967.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal 3º Volume**. São Paulo: 9ª ed., Saraiva, 1986.

VON HIRSCH, Andrew; ASHWORTH, Andrew; SHEARING, Clifford. **Specifyng Aims and Limits for Restorative Justice**: a “Making Amends Model? Em: VON HIRSCH, Andrew; ROBERTS, Julian V.; BOTTOMS, Anthony; ROACH, Kent SCHIFF, Mara. **Restorative Justice and Criminal Justice**: competing or reconciliable paradigms? Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, p. 21- 39, 2003

WALGRAVE, Lode. Imposing Restoration Istead of Inflicting Pain: Reflections on the Judicial Reaction to Crime. Em: VON HIRSCH, Andrew; ROBERTS, Julian V.; BOTTOMS, Anthony; ROACH, Kent SCHIFF, Mara. **Restorative Justice and Criminal Justice**: competing or reconciliable paradigms? Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, p. 61- 78, 2003.

WEBER, Max. **Metodologia das ciências sociais**: 2ª parte. 2ª ed. São Paulo: Cortez, 1995.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**: Volume 1 –Parte Geral. São Paulo: 6ª ed., Revista dos Tribunais, 2006.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **Poder Judiciário**: Crise, Acertos e Desacertos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.

ZERH, Howard. **Trocando as Lentes**: Um novo foco sobre o crime e a justiça. São Paulo: Palas Athena, 2008.